



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**Complementariedad entre el derecho y la economía
según la percepción de los jueces civiles del distrito
judicial de Lima, en el año 2016**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia
Política

AUTOR

Jesús Josefa PALACIOS VILELA

ASESOR

Dr. Alberto STEWART BALBUENA

Lima, Perú

2019



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Palacios, J. (2019). *Complementariedad entre el derecho y la economía según la percepción de los jueces civiles del distrito judicial de Lima, en el año 2016*. Tesis para optar grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política. Unidad de Posgrado, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

HOJA DE META DATOS COMPLEMENTARIOS

CÓDIGO ORCID DE LA AUTORA:

Jesús Josefa Palacios Vilela

CÓDIGO ORCID DEL ASESOR:

ALBERTO STEWART BALBUENA

DNI DE LA AUTORA:

09143874

GRUPO DE INVESTIGACIÓN:

No aplica

INSTITUTO QUE FINANCIA PARCIAL O TOTALMENTE LA INVESTIGACIÓN:


No aplica

UBICACIÓN GEOGRÁFICA DONDE SE DESARROLLA LA INVESTIGACIÓN:

La investigación "Complementariedad entre el derecho y la economía según la percepción de los jueces civiles del Distrito Judicial de Lima, en el año 2016" se desarrolló en el Distrito Judicial de Lima, se aplicó el instrumento metodológico a 17 jueces civiles, se analizó diversas sentencias emitidas por los juzgados civiles, así mismo se argumentó la investigación y toma de posición en base al análisis teórico y doctrinal para diferenciar la complementariedad del derecho y la economía con respecto al AED.

AÑO QUE LA INVESTIGACIÓN ABARCO:

La investigación y el recaudo de información se desarrolló en el Año 2016


Jesús Josefa PALACIOS VILELA
DNI 09143874



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

En la ciudad de Lima, a los dieciséis días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. Carlos Antonio Pérez Ríos y con la asistencia de los Profesores Dr. José Félix Palomino Manchego, Dr. Jaime Víctor Zelada Bartra, Dr. José Ulises Montoya Alberti y el Dr. Alberto Stewart Balbuena y la postulante al Grado Académico de Doctora en Derecho y Ciencia Política, **Mg. Jesús Josefa PALACIOS VILELA**, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: **"COMPLEMENTARIEDAD ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA SEGÚN LA PERCEPCIÓN DE LOS JUECES CIVILES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA, EN EL AÑO 2016"**.


Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:


Muy bueno 18 (Dieciocho) Aprobado

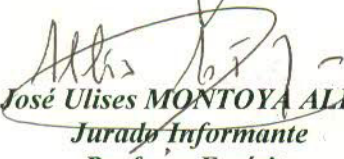
A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctora en Derecho y Ciencia Política a la **Mg. Jesús Josefa PALACIOS VILELA**.

Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las diecinueve horas con treinta minutos, dio por concluido el acto académico de sustentación.


Dr. Carlos Antonio PÉREZ RÍOS
Presidente
Profesor Principal


Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Miembro
Profesor Principal


Dr. Jaime Víctor ZELADA BARTRA
Jurado Informante
Profesor Asociado


Dr. José Ulises MONTOYA ALBERTI
Jurado Informante
Profesor Emérito


Dr. Alberto STEWART BALBUENA
Asesor
Profesor Contratado

*En memoria de mis amados padres, JORGE y JOSEFA,
y a mi hermano DARÍO mi ejemplo de lucha y
perseverancia, pilares fundamentales en mi vida, gracias
infinitas por todo el amor del mundo con el que me
incentivaron a no abandonar mis sueños.*

AGRADECIMIENTO

Es grato plasmar mediante estas líneas mi gratitud a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Derecho y Ciencia Política, y en ella un reconocimiento especial y mi profundo agradecimiento a mi asesor, doctor Alberto Stewart Balbuena, por la orientación, asesoramiento y motivación de materializar mi meta.

Mi agradecimiento a mis catedráticos de la Unidad de Postgrado de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; de igual forma mi agradecimiento al doctor Oswaldo Ordoñez Alcántara, compañero del doctorado, por su valioso apoyo en otorgarme la autorización y facilidades para la aplicación del instrumento metodológico para el logro de este cometido, a los señores magistrados de la Corte Superior de Justicia de Lima, por la gentileza en brindar su preciado tiempo en responder el instrumento aplicado para la investigación jurídica, así como por facilitarme las resoluciones judiciales materia de la tesis.

INDICE GENERAL

“COMPLEMENTARIEDAD ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA SEGÚN LA PERCEPCIÓN DE LOS JUECES CIVILES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA EN EL AÑO 2016”

Hoja de respeto	
Carátula	
Aceptación o veredicto del jurado	III
Dedicatoria	IV
Agradecimiento	V
Índice	VI
Lista de cuadros	XII
Lista de figuras	XIII
Resumen	XIV
Abstract	XV
	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	5
i. Situación Problemática	5
ii. Formulación del problema	6
ii.a. Problema principal.....	6
ii.b. Problemas específicos.....	6
iii. Objetivos	6
iii.a. Objetivo general.....	6
iii. b. Objetivos específicos.....	7

iv.	Metodología aplicada	7
CAPÍTULO 1: ESTADO DE LA CUESTIÓN		11
1.1.	Antecedentes de la investigación	11
1.1.1.	A nivel nacional.....	11
1.1.2.	A nivel internacional.....	15
1.2.	Estado actual de las propuestas doctrinarias de solución al problema ..	17
1.2.1.	Postura del doctor Alberto Stewart Balbuena.....	23
1.2.2.	Postura del autor Alfredo Bullard Gonzales.....	24
1.2.3.	Postura de Robert Cooter y Thomas Ulen.....	26
1.2.4.	Postura de Steven Sha Vell	27
1.2.5.	Postura del profesor Serrano Moya Edgar David.....	27
1.2.6.	Postura del investigador Acosta Iparraguirre Vicente.....	27
1.2.7.	Pronunciamiento de la autora María A Camacho Zegarra.....	28
1.2.8.	Crítica del autor Mario Castillo Freyre.....	29
1.2.9.	Postura del autor José Ramo Cossío Díaz.....	30
1.2.10.	Crítica de Paloma Duran y Lalaguna.....	30
1.2.11.	Postura de los autores Adriana García y Dick Zavala Rubach.....	31
1.2.12.	Postura de Richard Posner.....	32
1.2.13.	Postura del autor Pierluigi Chía Ssoni.....	33

1.2.14. Enfoque de Andrés Rome.....	34
1.2.15. Enfoque de Nuria Quero Aragón.....	34
1.3. Orientación jurisprudencial en torno a la aplicación normativa.....	35
1.3.1. Sentencias de los juzgados Civiles del Distrito Judicial de Lima.....	35
1.3.1.1. Sentencia en Exp. N°38273-200801801-JR-C1-12. Caso. De nulidad de Contrato.....	35
1.3.1.2. Sentencia en Exp. N° 2489 –2013–0–1801–JR–CI–19. Caso. Resolución de petición y/o exclusión de herencia.....	39
1.3.1.3. Sentencia en Exp. N°18892-2013-0-1801-JR-C1-19. Caso. Resolución de petición y/o exclusión de herencia.....	43
1.3.1.4. Sentencia en Exp. N°20330-2010. Caso. Resolución nulidad de acto jurídico.....	46
1.3.1.5. Sentencia en Exp. N°040162015. Caso. Resolución nulidad de acto Jurídico.....	48
1.3.2.6. Sentencia en Exp. N°38270- 2008. Caso. Nulidad de acto jurídico.....	50
1.3.2.2.7. Sentencia en Exp. N°34554-2014-0-1801-JR-CI-24.....	52
CAPITULO 2: TOMA DE POSTURA	55
2.1. Análisis e interpretación de la información	55
2.1.1. Análisis e interpretación de la información con respecto a la percepción de los magistrados del Distrito Judicial de Lima en torno a la Complementariedad del derecho y la economía.....	56
2.2. Presentación de la propuesta de solución al problema.	
Postura personal con fundamento jurídico.....	74
2.2.1. Percepción.....	74

2.2.2. Administración de justicia.....	75
2.2.3. Aspectos generales del Derecho Iuseconómico.....	76
2.2.4. Presencia de la Economía en el Antiguo Testamento.....	80
2.2.5. Normas que regulan las instituciones económicas en la sociedad babilónica	85
2.2.6. Regulación de la Economía de Hammurabi a Moisés.....	87
2.2.7. El Código de Justiniano y su importancia en la Economía.....	90
2.2.8. Ruptura de la relación entre la Economía y el Derecho.....	93
2.2.9. Reconquista de la Complementariedad del Derecho de la Economía.....	96
2.2.10. Aproximaciones que sustenta la diferencia de la Complementariedad entre el Derecho y la Economía y el AED.....	102
2.2.11. El Derecho desde la tridimensionalidad.....	113
2.2.12. El Derecho desde el punto de vista axiológico y ontológico.....	116
2.2.13. La Economía desde el punto de vista ontológico.....	118
2.2.14. Porque debemos estudiar Economía los abogados y Derecho los economistas.....	119
2.2.15. Análisis de la complementariedad del Derecho y la Economía.....	122
2.2.16. Instituciones Jurídicas en la complementariedad entre el derecho y la economía.....	134
2.2.16.1. El contrato.....	135
a. La función Económica del Contrato.....	139
b. La función jurídica económica de los contratos.....	143
c. El objeto del contrato.....	146

d. Cumplimiento del contrato	148
2.2.17. La familia.....	150
a. Aspectos generales.....	150
b. Los esponsales.....	157
c. Las uniones de hecho	159
d. El matrimonio.....	161
e. Aproximación diferencial de la familia en la complementariedad y el Análisis Económico Derecho.....	164
2.2.18. Petición de herencia.....	166
2.2.19. Acto jurídico.....	168
a. Nulidad de acto jurídico.....	171
2.2.20. Indemnización.....	175
CAPITULO 3: CONSECUENCIAS	177
3.1. Consecuencias de la implementación de la propuesta.....	175
3.1.1. En el ámbito político	177
3.1.2. En el ámbito jurisdiccional	178
3.1.3. En el ámbito doctrinario	179
3.2. Beneficios que aporta la propuesta	180
CONCLUSIONES	182

RECOMENDACIONES	185
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	186
Apéndice.....	194

LISTA DE CUADROS

Cuadro N°1 ¿En los fallos jurisdiccionales es necesario tener en cuenta la economía? ...	57
Cuadro N°2 ¿El derecho y la economía se complementan?.....	60
Cuadro N°3 ¿Se ha superado el cisma entre el derecho y la economía?.....	62
Cuadro N°4 ¿Se aplica en nuestro sistema jurídico el análisis económico del derecho?....	64
Cuadro N°5 ¿Existe relación entre las órdenes romanistas y el análisis económico del derecho?.....	66
Cuadro N°6 ¿En el sistema germánico es posible la complementariedad entre el derecho y la economía?.....	68
Cuadro N°7 ¿Considera que el análisis económico del derecho y el sistema romano germánico están en planos teóricos diferentes?.....	69
Cuadro N°8 ¿El derecho es en esencia la vida misma regida por normas que encarnan valores?.....	71
Cuadro N°9 ¿Es necesario que un juez tenga conocimientos de economía para una mejor aplicación del derecho?.....	72

LISTA DE FIGURAS

Figura N°1 ¿En los fallos jurisdiccionales es necesario tener en cuenta la economía?	59
Figura N°2 ¿El derecho y la economía se complementan?.....	62
Figura N°3 ¿Se ha superado el cisma entre el derecho y la economía?.....	64
Figura N°4 ¿Se aplica en nuestro sistema jurídico el análisis económico del derecho?.....	66
Figura N°5 ¿Existe relación entre las órdenes romanistas y el análisis económico del derecho?.....	67
Figura N°6 ¿En el sistema germánico es posible la complementariedad entre el derecho y la economía?.....	69
Figura N°7 ¿Considera que el análisis económico del derecho y el sistema romano germánico están en planos teóricos diferentes?.....	71
Figura N°8 ¿El derecho es en esencia la vida misma regida por normas que encarnan valores?.....	72
Figura N°9 ¿Es necesario que un juez tenga conocimientos de economía para una mejor aplicación del derecho?.....	73

RESUMEN

Hoy, el fenómeno económico y el derecho no se encuentran separados por un muro férreo; tampoco se pretende entrar en contienda si uno es más importante que el otro, por lo tanto, ambas ciencias se complementan superándose ese cisma que para algunos juristas persiste.

Esta investigación basa su estudio en la determinación de la “Complementariedad entre el derecho y la economía según la percepción de los jueces civiles del distrito judicial de Lima, año 2016”, a partir de este orden de ideas, se trata de explicar si existe o no la necesidad de que los jueces al resolver tengan presentes las causas y los efectos de las circunstancias económicas del caso.

La tesis está dividida en tres capítulos, los cuales son desarrollados teniendo en cuenta la metodología de la investigación.

En el primer capítulo se desarrolla el estado de la cuestión, en el segundo capítulo, con bases jurídicas, se desarrolla la toma de postura, en el tercer capítulo se enmarcan las consecuencias.

Se pretende demostrar la complementariedad de las dos ciencias. En consecuencia, la desaparición del cisma entre la economía y el derecho, ni esquizofrenia de ninguna índole. Ambas ciencias se complementan. La economía es inherente al ser humano, y el derecho es una herramienta regulatoria que existe en la interacción social de al menos dos individuos, en donde la utilidad del derecho radica en la regulación que permite que el juego alcance un punto de equilibrio económico.

Palabras claves:

Complementariedad, derecho, economía, percepción, jueces civiles

ABSTRACT

Phenomenon and the law are not separated by a tight wall; neither intends to enter contest if one is more important than the other, therefore both Sciences complement overcoming this schism, which persists for some lawyers. This research based its study on the determination of the "complementarity between the right and the economy according to the perception of the civilian judges of the judicial District of Lima, year 2016", so, from this order of ideas, will seek to explain whether it exists or not a need for judges to resolve to have present the causes and the effects of the economic circumstances of the case. The thesis is divided into seven chapters, which are developed taking into account the methodology of the research.

State of the art, develops in the second chapter, with legal bases, the taking of posture, develops in the third chapter are part of the consequences. It is intended to demonstrate the complementarity of the two Sciences. As a result, the disappearance of the Schism between the economy and the right, or schizophrenia of any kind. Both sciences are complemented. The economy is inherent to the human being, and the right is a tool regulatory that exists in the social interaction of at least two individuals, where the usefulness of the law lies in the regulation that allows the game to achieve economic balance.

Key words: complementarity, law, economy, perception, civil judges

INTRODUCCIÓN

Si tenemos en cuenta la cultura, lo propio y lo fuerano, parece ser que la moda muchas veces se impone como querer trasladar lo impactante de tiempos, espacios, se pretende trasladar los modos de ser y osadamente hasta de pensar a nuestra realidad, es así como en 1960 en el extranjero y en 1980 en nuestro país se inicia una corriente de pensamiento de creación anglosajona “Análisis Económico del Derecho” el Common Law, cuyo criterio parte de utilizar figuras de la microeconomía al derecho, priorizando en todo aspecto la maximización, la eficiencia, el costo y beneficio so pretexto del logro de la justicia, es decir se induce a pensar en la economía de la justicia, desconociendo la escala axiológica del derecho.

En este contexto el Perú no se postergo en importar pensamientos foráneos, no fue la excepción, empezando una contienda como una primitiva batalla entre tios y troyanos, surgiendo así el “salvador” de un llamado “vetusto código civil” que para quienes hipotéticamente lo defendían luchaban porque este “no fenezca”, y bajo la misma máscara de cambios, sostienen una urgente reforma en razón que este, no asume los retos de una sociedad contemporánea, cuyo discurso era propio de esa novata corriente de pensamiento que por su novedad y perspicacia dio lugar a su fría divulgación en las aulas académicas y en la postura de algunos que mediáticamente lo pregonaban sosteniendo “que el derecho no tiene objeto natural; que es un sistema de regulación de conductas y solución de conflictos antes que ciencia calificando matemáticamente que “en un mundo conceptual sujeta a los abogados a una esquizofrenia jurídica” en la cual los abogados o “juristas” son una suerte de aspiración de científicos, formados con teorías y cátedras tradicionales, olvidando esta corriente que el derecho es vida, en este sentido al análisis económico del derecho lo presentan como si se tratara de la economía y derecho, confundiendo a la comunidad jurídica, a partir de allí se han realizado algunos trabajos de investigación con la finalidad de deslindar posiciones, sin embargo el problema subsiste, por lo tanto presentamos esta

propuesta en la que se pretende que la complementariedad del derecho y la economía desamarre el hilo de la madeja, porque la eficiencia no es sinónimo de justicia ni mucho menos subsume al derecho, el derecho se materializa en la promoción, protección y garantía de los derechos del individuo los cuales nos dan la razón del derecho y por ende de la justicia, y que solo un abogado con una sólida e íntegra formación y base rectora de los principios, valores puede defender.

En este ulular económico e intrínquilis, empieza la confusión de un sector de la doctrina, se pregonan el análisis económico del derecho, bajo la premisa del derecho y la economía, logrando confundir al estudiante de derecho y hasta al mismo abogado, en esta concepción que va más allá de la terminología, esta suerte de batalla académica, que en la libertad de pensamiento y cátedra pugna por sostenerse, unos bajo la malla de “esquizofrénicos jurídicos” y otros “ventoleras económicas” el enfoque que en la presente se sostiene, es la complementariedad entre el derecho y la economía según la percepción de los jueces civiles del distrito judicial de Lima, año 2016, obedeciendo el título de la presente a la indagación desde la fuente primaria que constituyen sus apreciaciones y por ende sus decisiones en esta comprometida, humana y jurídica forma de hacer justicia.

Con tal objeto, este tópico ha suscitado el interés, siendo relevante al tratar de dilucidar que el análisis económico del derecho, no es igual que el derecho y la economía, y aplicar el análisis económico del derecho en nuestra realidad nos traería consecuencias, jurídicas, políticas y por ende económicas, de ahí que resulta útil debido al estudio de sus implicancias ya que la temática tratada es de especial consideración como corolario a la postura de estas dos ciencias como complementarias y no como antagónicas, por lo que si colocamos en los platillos de la balanza este trabajo se realiza no como una voraz contienda al AED, sino al descredito y uso de calificativos peyorativos a la interpretación del derecho, así mismo contribuir en el esclarecimiento de esta marcada concepción de dos tópicos de mundos y sistemas jurídicos diferentes.

La presente tendrá una utilidad académica, jurídica, metodológica, de tal manera que cada cual defenderá su posición bajo la óptica de su objetivo raciocinio y no sojuzgar subjetivamente, es decir para los que hacen efecto multiplicador del AED, no pensar matemáticamente bajo los parámetros del costo- beneficio es ser jurásico, obsoleto, llegando incluso a calificativos que desmerecen la razón del derecho calificándolos de entidades sobrenaturales que no tienen existencia salvo a los ojos de la fe, por lo tanto en la presente investigación en el cuerpo del texto prestamos una forma objetiva de abordar la temática desde la percepción de nuestros magistrados en la óptica confirmatoria o denegatoria de la tesis planteada de la complementariedad recíproca y ontológica del derecho y la economía, corroborándose al final de la presente esa lamentación por su no utilidad, como los sostiene un tratadista del AED, cuando afirme que *“lamentablemente, la influencia del análisis económico del derecho en el Poder Judicial es virtualmente nula”*.

La tónica en estudio, en el cuerpo del texto se advierte algunos cuadros estadísticos los mismos que obedecen al desarrollo del análisis e interpretación de la información que se ha recogido de los magistrados del Distrito Judicial de Lima, cuadros y explicaciones propias de la investigación y de ninguna manera la convierten en una tesis jurídica social de orden cuantitativa, la presente en la consunción metodológica, es una investigación jurídica, sigue el método propio de la propuesta de esta casa superior de estudio, en la primera parte se desarrolla, los aspectos metodológicos, la situación problemática, formulación del problema, objetivos y la descripción misma de la metodología aplicada.

En la segunda parte de la investigación se desarrolla en tres capítulos, en el primero el estado de la cuestión, en este ítem con la finalidad de identificar los fundamentos teóricos se toma en cuenta los antecedentes de la investigación, el estado actual de la propuesta doctrinaria que nos dan luces para la solución del problema, además de ello teniendo en cuenta que en el estudio de la complementariedad en la percepción de los magistrados incluimos la orientación jurisprudencial así como el análisis de algunas resoluciones emitidas por los magistrados las cuales en sus múltiples figuras jurídicas

se dan en la óptica de la complementariedad y no del AED, caso contrario caerían en prevaricato.

En el capítulo dos se desarrolla la toma de postura, en este capítulo se presenta el análisis e interpretación de la información, con respecto a la percepción de los magistrados del Distrito Judicial de Lima en torno a la Complementariedad del derecho y la economía, se desarrolla la propuesta de solución al problema con postura personal teniendo como base el fundamento jurídico, en el capítulo tres, se establece las consecuencias de la implementación de la propuesta, estas en el ámbito político, jurisdiccional, doctrinario, también se enunciará los beneficios que aporta la propuesta, culminando la presente con las respectivas conclusiones y recomendaciones.

Cabe destacar que en la presente se tiene muy en cuenta bibliografía acorde con la tópica en estudio, para lo cual nos ceñimos en los parámetros de la metodología de la investigación científica, sin embargo, en la investigación no hay verdades ultimas y son perfectibles como lo es toda obra humana, por lo tanto, está sujeta a que pueda ser continuada, confirmada o refutada por otros investigadores por los aspectos expresados pretendemos que la presente investigación sea una aporte al mundo jurídico con la finalidad que en el futuro no se confunda estas temáticas como si fuera lo mismo, no se soslaye el derecho ni mucho menos se ponga debajo de la economía y si no se piensa bajo los términos microeconómico se catalogue bajo los calificativos más crueles y duros, olvidando que tenemos libertad de pensar, actuar y respetar los sistemas en la que una sociedad se desenvuelve.

ASPECTOS METODOLÓGICOS

i. Situación Problemática

Se considera como situación problemática la confusión generada por los propulsores y defensores del análisis económico de derecho en el Perú, presentando su corriente de pensamiento como derecho y economía, confundiendo al lector y buscando que la economía subsuma el derecho y la eficiencia sea sinónimo de justicia, en este contexto su desesperación por no encontrar eco, se dirigen a calificar como actitud temeraria la de los magistrados al no hacer uso de esta metodología en sus decisiones jurisdiccionales, sin encontrar respuesta que complazcan sus expectativas, afirman “lamentablemente, la influencia del análisis económico del derecho en el Poder Judicial es virtualmente nula”, sumado a ello los diferentes conocimientos de segundo orden, se titulan derecho y economía, sin embargo al dar lectura su desarrollo de manera expícito se basa en el AED, en figuras microeconómicas, enfocando la exigencia implícita en persuadir al lector en su elección, caso contrario se alejaría del mundo científico, aludiendo a la falta de científicidad del derecho y quien no se adhiere a su manera de pensar vive el pasado, es jurásico e incluso se realiza una férrea crítica a los magistrados por no aplicarlo en sus decisiones jurisdiccionales, en este contexto bien se sabe de actuar bajo los parámetros de análisis económico del derecho los magistrados estarían cometiendo prevaricato y emitiendo decisiones que desnaturalicen la esencia del derecho en el fondo y forma, aspectos que si se dan en realidades diferentes a las que hace alusión Alfredo Bullard, en tanto en la propuesta presentada los magistrados complementan la ciencia jurídica con la economía, no subsume la eficacia a la justicia.

Por otro lado, a la situación que conlleva la investigación es a dilucidar el problema del desarrollo doctrinario del análisis económico del derecho presentado por los tratadistas como derecho y economía cuando en fondo es el AED.

ii. **Formulación del Problema**

ii.a. Problema general

¿De qué manera se da la complementariedad entre el derecho y la economía con respecto al análisis económico del derecho según la percepción de los jueces civiles del distrito judicial de Lima en el año 2016?

ii.b. Problemas específicos

- a. ¿Cuáles son los fundamentos teóricos y doctrinarios que sustenta la diferencia entre el derecho y la economía con respecto al análisis económico del derecho?
- b. ¿De qué manera se configura la complementariedad del derecho y la economía en las figuras jurídicas del contrato y la familia?
- c. ¿Se aplica en nuestro sistema jurídico el análisis económico del derecho según la percepción de los jueces civiles del distrito judicial de Lima?
- d. ¿Cómo se evidencia la complementariedad del derecho y la economía en la motivación de las sentencias jueces civiles del distrito judicial de Lima?

iii. **Objetivos**

iii.a. **Objetivo General**

Determinar de qué manera se da la complementariedad entre el derecho y la economía con respecto al análisis económico del derecho según la percepción de los jueces civiles del distrito judicial de Lima en el año 2016

iii.b. Objetivos Específicos

- a. Conocer y contribuir al esclarecimiento de cuáles son los fundamentos teóricos y doctrinarios que sustenta la diferencia entre el derecho y la economía con respecto al análisis económico del derecho.
- b. Precisar de qué manera se configura la complementariedad del derecho y la economía en las figuras jurídicas del contrato y la familia según los jueces civiles del distrito judicial de Lima.
- c. Indagar si se aplica en nuestro sistema jurídico el análisis económico del derecho según la percepción de los jueces civiles del distrito judicial de Lima
- d. Determinar cuáles son los criterios jurídicos y económicos utilizados en la motivación de las sentencias jueces civiles del distrito judicial de Lima.

iv. Metodología Aplicada

La tesis que se presenta es de tipo jurídica, se considera que la temática parte del análisis de la tónica contemporánea la cual se gestó a partir de la discusión y hasta polémica de establecer que el análisis económico del derecho es igual al derecho y economía, como diría Ángeles Caballero, “*moda intelectual*” (Angeles C C. A., 2011, pág. 224), “*pero la “moda” no es siempre superflua o frívola, hay algo en serio, posiblemente más profundo*”

En cuanto a la metodología, los esquemas planteados no son una camisa de fuerza sin embargo permite guardar una sistematización de la propuesta, se partió de la idea general y a ella se sumó los datos pertinentes sumándose en ese frondoso mundo de la indagación

temática consultando suficiente información para la construcción del nuevo conocimiento del cual se espera sea de un tercer orden, aspecto que le da y regenta su naturaleza teórica debido al tratamiento jurídico que da el soporte para el cuestionamiento de como se viene tratando al derecho por parte de los seguidores del análisis económico del derecho.

Respecto al enfoque, es mixto debido a la indagación teórica, doctrinaria a la interpretación de algunas figuras jurídicas y al debate mismo del pro y el contra, se utilizó la interpretación del derecho, la hermenéutica, así como su descripción fáctica, se utilizó la confrontación doctrinaria, el análisis iusfilosofico, partiendo de frondosa literatura, un suficiente marco teórico y conceptual, desde donde se estructura el nuevo conocimiento que marca el aspecto epistemológico, que resulta vital en este enfoque multidisciplinario, asumiendo a partir de allí una postura responsable.

Por la naturaleza misma de la investigación, en relación al método aplicado es el filosófico, dado que tenemos muy en cuenta que el derecho no es solo un *“conjunto de normas”*, el derecho es macro, la ley es micro, es decir es una fuente y de ninguna manera el derecho en sí, aspectos a considerar porque *“representa un sistema filosófico el análisis mismo de las figuras jurídicas”*. (Angeles C C. , 2011, pág. 239) , desde este aspecto el método nos ha permitido afianzar el derecho en un mundo de valores y no por encima de ellos, no subsumiendo lo económico a la justicia por muy eficiente que se quiera presentar, por lo tanto un aspecto complementario para el logro del bienestar, es comprender objetivamente el derecho y la economía, se aplicó el método analítico, jurídico descriptivo, aspecto como sostiene Carrillo, nos dice *“para poder aplicar este tipo de investigación jurídica, es necesario en primer lugar conocer el método analítico y aplicarlo”* (Carrillo M, 2016, pág. 39)

Se aplicó el método de la interdisciplinariedad, teniendo en cuenta que el derecho no es una isla, no solo es ley, no es específico sino complejo, como disciplina científica está condicionado a otras áreas, y *“se considera que en la actualidad hay toda una tendencia*

a la complementariedad de las posiciones antagónicas de todo conocimiento” (Roldan, J/ Ben- Doy/ Guerrero G, 2004, pág. 188), en este contexto nos damos cuenta de manera que vivimos en constantes y profundos cambios, los aspectos de las definiciones y conceptuales no están lejanos en esta sociedad posmoderna en la que vamos buscando consolidar nuestra identidad para tomar postura de manera lograda, sin hipotecas de ninguna índole, en la tónica en estudio el concepto central es la complementariedad esto nos conlleva a una visión de la relación entre el derecho y la economía, esta justifica la necesidad del presente estudio, en el cual se pretende comprender las necesidades sociales incuestionable en cualquier idioma como lo es la justicia y son nuestros magistrados las que bajo el poder del ius imperium la otorgan y de ninguna manera es suplantada por la eficiencia ni por ninguna figura microeconomía.

Se aplicó en la presente investigación el método de la argumentación jurídica, con la finalidad de dar razones a favor o en contra de una propuesta, para sentar una opinión o rebatir la contraria, y contribuir al esclarecimiento de cuáles son los fundamentos teóricos y doctrinarios que sustenta la diferencia entre el derecho y la economía con respecto al análisis económico del derecho, argumentamos cuando damos razones, en este sentido, *“argumentamos cuando exponemos razones a favor o en contra de una propuesta, para sentar una propuesta, para sentar una opinión o revertir la contraria, para suscitar un problema o defender una solución”* (Vega R, 2016, pág. 14) por lo tanto una investigación jurídica no se concibe sin tomar posición pero esta no bajo la sombra del azar, sino con argumentos sólidos que nos conlleven a decidir objetivamente.

La tesis formulada es de tipo jurídica, en este aspecto, analizamos la diferencia entre el derecho y la economía con respecto al análisis económico del derecho según la percepción de los jueces civiles del distrito judicial de Lima, el análisis de estos dos sistemas jurídicos, el primero el sistema romano germánico y el segundo en el common law, nos suscitaron especial atención debido al punto y contrapunto entre estos y sobre todo la confusión doctrinaria, que se aleja de la razón del derecho para convertirlo en la

una fría aplicación de figuras microeconómicas cuyo objetivo es subsumir al derecho a la economía y más que ello antojadizamente reemplazarlo.

El interés e importancia de desarrollar la presente investigación, es indagar en diversos prolegómenos teóricos y doctrinales, que obedece al objetivo de determinar si existe alguna diferencia entre el derecho y la economía con respecto al análisis económico del derecho según la percepción de los jueces civiles del distrito judicial de Lima, esto debido a la confusión temática en el desarrollo de ambas e incluso la biografía existente tanto nacional como extranjera la titulan economía y derecho y en el cuerpo del texto su enfoque es sobre el análisis económico del derecho, por lo que en la presente tratamos el tópico desde una óptica distinta, siendo nuestra propuesta dilucidar estas premisas partir de la percepción de los magistrados acompañada de suficiente teoría y doctrina, en la que se reconoce el sistema jurídico al que pertenecemos sumado a ello la no aplicación del AED, típico de un sistema jurídico que no es el nuestro, que incluso conlleva al futuro abogado como al profesional del derecho a confundirse y dar apreciaciones fuera de contexto, es por ello la importancia y utilidad de esta investigación que contribuye al mundo jurídico en el afianzamiento del nuestro, en la respectiva posición que por su naturaleza misma es diferenciadora, que nos permiten refutar a quienes sostienen la igualdad de esta metodología como sustitución del derecho, de ahí que sostenemos la utilidad y pertinencia de nuestra investigación, para comprender la sistematización y complementariedad de la ciencias antes que su antagonismo.

CAPÍTULO 1: ESTADO DE LA CUESTIÓN

1.1. Antecedentes de la investigación

1.1.1. A nivel nacional

STEWART BALBUENA, A. *“Hacia la superación de un cisma: la complementariedad ontológica y recíproca entre el derecho y la economía”*. Tesis posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.

Resumen:

“La palabra *cisma* significa *escisión, discordia, desavenencia*, de acuerdo con la segunda versión que le reconoce la Academia de la Lengua Española en la última edición de su Diccionario”.

Consecuentemente, la presente tesis, considerara lo que expresa Stewart, “en primer término, *a priori*, que tales circunstancias de escisión, discordia y desavenencia existen entre las dos ciencias sociales que se mencionan, el derecho y la economía; luego, el tema induce a que esas negativas relaciones habrán de ser superadas mediante la **complementariedad recíproca** entre ambas disciplinas, lo cual, sin duda, ha de ser socialmente más útil que su enfrentamiento, es evidente que tanto la existencia empírica del cisma científico referido, como su superación y utilidad social son enunciados apriorísticos, como suele ocurrir al formular toda investigación dogmática, el trabajo que se inicia propone, en consecuencia, tanto la comprobación empírica de su existencia, como la conveniencia, necesidad de su superación y la propuesta fáctica para eliminarlo”. *Hacia la superación de un cisma: la complementariedad ontológica y recíproca entre el derecho y la economía*. (Stewart, 2012)

ACOSTA IPARRAGUIRRE, V. “*La constitución económica en el Perú y en el derecho comparado*”. Tesis de posgrado de la Universidad Mayor de San Marcos. Lima.

Resumen:

“El tema elegido obedece a la observancia de una posición crítica en cuanto a la admisión de un régimen económico dentro de una Constitución, argumentando que provoca problemas a los sucesivos gobiernos en tanto resulta un obstáculo a la implementación de las correspondientes políticas económicas. Sin embargo, esta posición no es la que ha sido considerada en la elaboración de las constituciones peruanas del siglo XX ni en las constituciones de los países latinoamericanos e inclusive en España. La regulación de aspectos económicos en una constitución no es una práctica que haya existido siempre en el constitucionalismo. Así, una parte económica se incluye en una constitución recién en el siglo XX, sumándose a aquellas dos partes tradicionales de la misma, como son una parte dogmática referida a los derechos y deberes de la persona o del ciudadano, y una parte orgánica, es decir, aquella dedicada a tratar lo relacionado a los diferentes “poderes” del Estado y sus correspondientes funciones. Como se verá entonces, se explica lo discutido del tema de la inclusión de un régimen económico en una constitución porque está en discusión también una posición de un liberalismo radical extremo, anterior a la concepción de un Estado Social del Derecho”.

“El Estado Social del Derecho acepta la incorporación de los derechos sociales (económicos, culturales y sociales propiamente dichos), a una constitución, que se suman a los derechos civiles, de mirada estrictamente individual, que ya existían desde los primeros ordenamientos. Esta inclusión lo que hace es adicionar también una mirada socializadora y no socialista a los derechos y a la sociedad en general, atribuyéndole una función al Estado, diferente a la que se tenía como irrefutable en el siglo XIX. Dentro de este

panorama, a lo cual se suma la Primera Guerra Mundial y la crisis de 1929, se presenta que el propio liberalismo aceptó la función que le cabe al Estado en la economía y, asimismo, la posibilidad que el derecho y en especial la regulación constitucional, pudiera tener alguna incidencia en el plano económico, lo que no era admitido hasta entonces. Tanto el constitucionalismo europeo como el latinoamericano aceptan que en una constitución se incluyan aspectos económicos en la actualidad, aunque siempre es necesario hacerse la pregunta sobre la pertinencia de dicha inclusión, así como la forma en que se debe llevar adelante dicha incorporación”. (Acosta, 2003)

FISFÁLEN HUERTA, M. H. “*Análisis económico de la carga procesal del Poder Judicial*”. Tesis de posgrado de la Pontificia Universidad Católica, Lima.

Resumen:

“Su trabajo de investigación lo realizo desde una perspectiva interdisciplinaria, el tema puntual es la excesiva carga procesal del Poder Judicial en el Perú, encontrándose que dicha carga aumenta año a año a pesar de los esfuerzos por acrecentar la producción judicial. Una de las características distintivas del estudio es que se utiliza la metodología del Análisis Económico del Derecho, incluyendo un análisis cuantitativo y cualitativo de tipo fáctico, utilizando para ello técnicas matemáticas, estadísticas y econométricas que expresen a través de modelos matemáticos las relaciones entre las variables en estudio sobre la cantidad demandada de resoluciones judiciales, que se expresa a través de los expedientes ingresados al Poder Judicial; la cantidad ofrecida de resoluciones judiciales, que está referida a la producción judicial; los costos de dilación, que son los costos en los que incurren los litigantes debido a la demora en el proceso; la cantidad de trabajadores del Poder Judicial y la productividad de los mismos, entre otros; el trabajo de investigación plantea la aplicación del análisis económico del derecho para estudiar la situación de la administración de justicia”.

“Asimismo, presenta al Análisis Económico del Derecho como complemento de lo que se conoce como Análisis Socioantropológico del Derecho, y que reúne a una serie de disciplinas las cuales estudian al derecho en su contexto económico, aplicando la Teoría de la Economía de la Justicia, que es una rama del Análisis Económico del Derecho”.

“De dicho enfoque ha recogido el aporte de autores como Rafael Ramírez Villascusa, Aurelia Valiño Castro, Santos Pastor Prieto. Asimismo, ha recogido las nuevas concepciones teóricas de la administración de justicia que entiende la labor del juez en un marco de un mercado de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia arbitral; así, ha tomado aportes de Posner, George Priest, entre otros; todo esto desde una racionalidad económica”.

“Su tesis, la presenta como una alternativa para reducir la carga procesal del Poder Judicial, siendo según el investigador, el arbitraje la solución al problema, el cual ya ha sido ensayado e implementado en nuestro país; sin embargo, ello no ha podido solucionar sustancialmente el problema de la carga procesal.

En el resultado de su investigación indica que tanto la cantidad de demandas, de resoluciones judiciales, tienen una tendencia creciente, más allá de las fluctuaciones y variaciones estacionales que se presentan. Sin embargo, la cantidad demandada de resoluciones judiciales o ingreso de nuevos expedientes ha sido mayor que la cantidad ofrecida de resoluciones judiciales; o lo que es lo mismo, que los expedientes resueltos no cubren la demanda. Por otra parte, explica que el aumento de la oferta de resoluciones judiciales se explica por el incremento del número de trabajadores del Poder Judicial más que por el aumento de las dependencias judiciales, puesto que estas últimas no han incidido significativamente en la ampliación de la producción judicial”.

“Por otro lado, ha operacionalizado la variable de los costos de dilación, con los indicadores de la congestión judicial, por una parte, y por otra, la aceptación del Poder Judicial, este último de manera solo referencial. Ha tenido en cuenta que los costos de dilación representan los costos de la demora estrictamente para el usuario, donde se incluye como elemento significativo el costo de oportunidad, que muestra los costos de la mejor oportunidad que tiene que sacrificar dicho usuario por seguir el proceso judicial con todas sus demoras; este costo es totalmente subjetivo puesto que va a cambiar de persona a persona. A partir de las estimaciones efectuadas, encuentra un comportamiento fluctuante y con tendencia a disminuir. La disminución de los costos de dilación las explica por el aumento de la oferta de resoluciones judiciales. Cabe mencionar que los costos de dilación se operacionalizan con los indicadores de congestión judicial y aceptación ciudadana del Poder Judicial”.

“De la misma manera sostiene, que la disminución de los costos de dilación contribuyó al aumento de la cantidad demandada de resoluciones judiciales, manteniendo de esta manera los altos niveles de la carga procesal”. (Fisfálen, 2014)

1.1.2. A nivel internacional

RAMÍREZ VILLAESCUSA, R. *“Derecho y economía de la transparencia judicial”*. Memoria para optar al grado de doctor. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de ciencias políticas y sociología. Instituto universitario de investigación Ortega y Gasset.

Resumen

El investigador sostiene que, de las conductas de los individuos y su trabajo se centra en el sector de la justicia y en particular el de los Poderes Judiciales con

énfasis en aquellos de origen continental (Civil Law). Afirma que los operadores judiciales no se comportan erráticamente, sino que lo hacen procurando maximizar determinados objetivos y metas, siempre bajo restricciones de tipo cognitivo (racionalidad limitada) o institucional (normas formales e informales).

Por lo descrito, su trabajo puede ser ubicado dentro de la corriente metodológica del análisis económico del derecho y las instituciones jurídicas, sin embargo, se nutre también de otras disciplinas como la ciencia política y en particular, de las políticas públicas.

Parte de la relevancia, de su estudio y este estriba en el hecho de que en una mejor comprensión de los incentivos, la transparencia genera en la conducta de los operadores judiciales la eficiencia, de aquí que esta puede coadyuvar en la mejora constante de programas y estrategias encaminados al logro de una justicia funcional, el interés por el estudio de la justicia desde un enfoque interdisciplinario es más bien reciente.

Sostiene Ramírez, “las investigaciones de este tipo han encontrado terreno fértil en el campo del funcionamiento de las burocracias o de las élites legislativas, en tanto que el universo judicial permaneció largo tiempo como un monopolio del enfoque jurídico tradicional. Lo anterior afortunadamente ha comenzado a cambiar y hoy son cada vez mayores los vasos comunicantes entre las distintas disciplinas sociales”. (Ramírez, 2011)

GONZÁLEZ PIÑEROS, M. A. *Economía, derecho y sociedad: La economía plural en Bolivia como institución económica*. Tesis de posgrado de la Universidad Nacional de General Sarmiento. Buenos Aires.

RESUMEN:

En esta investigación el autor en mención analiza la economía plural en Bolivia como una institución económica que integra la economía con la sociedad y con el derecho y orientada hacia otra economía. Si bien la economía, sostiene se tiende a presentar como una esfera autónoma y separada del entorno social y jurídico, durante la última reforma constitucional en Bolivia se puede evidenciar que la interrelación entre la sociedad boliviana, el tipo de economía nacional y el texto de la Constitución hacen parte constitutiva de su realidad económica. En ese sentido, intenta demostrar, a partir de un conjunto de proposiciones, que la economía plural que quedó establecida en la nueva Constitución de Bolivia, es una institución económica en la medida que incorpora a la economía dentro del ámbito social por medio de un instrumento jurídico, como resultado de un proceso histórico y dialéctico que se decanta en el proceso constituyente y que está orientada hacia una economía diferente, caracterizada por la racionalidad reproductiva del vivir bien y el pluralismo económico. (González, 2011).

1.2. Estado actual de las propuestas doctrinarias de solución al problema

Como se sabe la información ahora no es un problema, se encuentra por doquier, el problema es, dosificarla, entenderla, el conocimiento, no es estático, las maneras de pensar se van diversificando en el contexto del tiempo y el espacio, en ese indagar del cómo, el cuándo, el donde, de ahí la justificación de las revoluciones científicas en ese producto, fruto de la combinación de la historia y la sociedad como sostiene Tomas Kuhn, *“Un conocimiento sin algo, sin referencia y ubicación en un estatuto epistemológico que le dé sentido y proyección, queda huérfano y resulta ininteligible; es decir, que ni siquiera sería conocimiento, sostiene* , (Martínez L, 2008, pág. 63) aspectos en que la investigación se coincide, debiéndose tomar en cuenta para que estas no sean solo especulativas y se logre el entendimiento sobre lo que se está investigando, es decir, conocer y comprender la función de elaboraciones conceptuales llevadas a cabo desde una orientación discursiva y analítica, en conexión

con lo que la constitución de la epistemología moderna asignó al campo de la razón y la inteligencia, tratando de dar respuesta a este punto y contrapunto, desde las definiciones y conceptos.

En este sentido una investigación seria, objetiva, no debe apartarse de la episteme, entendiéndose que *“La epistemología es el estudio de la ciencia”*, sostiene (H., 2010, pág. 14) es la teoría y estudio del conocimiento científico, se ocupa de los aspectos internos de la ciencia, *“La epistemología, como teoría del conocimiento, resulta necesaria e imprescindible en la tesis de postgrado porque se sustenta a su vez en la base filosófica necesaria para la defensa del paradigma que se propone, teniendo en cuenta que los paradigmas son conjuntos de conocimientos y creencias que forman una teoría hegemónica en determinado periodo histórico”*, (Hurtado/Rivera, 2006, pág. 103)

En este sentido, la tesis planteada: Complementariedad entre el derecho y la economía según la percepción de los jueces civiles del Distrito judicial de Lima en el año 2016, obedece a tratar de dar respuesta al dilema que surgió desde siempre e incluso al remontarse a épocas remotas como la de Hammurabi, siempre existió, el punto y el contrapunto, como lo sostiene, (Spencer, 1993, pág. 94), las leyes posteriores de las antiguas civilizaciones de Egipto y Roma son el ejemplo de ello, estas defendieron con bastante detalle el derecho de propiedad y todas las demás cuestiones pertenecientes de algún modo o relacionadas con él, siempre estuvo presente este dilema, se complementan, son distantes; este problema subsistió y estuvo presente siempre, e incluso el maestro sanmarquino (Stewart, 2012, pág. 4) nos grafica con una anécdota, la cual presentamos para mayor ilustración.

Años atrás, los decanos de las dos Facultades aludidas en una universidad de la ciudad de Lima, programaron un conversatorio entre profesores de ambas, en razón de que el decano de Economía había declarado públicamente que el país no avanzaba a causa de que muchas propuestas de los economistas eran objeto de observaciones jurídicas por los abogados, impidiendo su aplicación a la

solución de los problemas nacionales de desarrollo. El conversatorio se frustró por incomparecencia del mismo decano de Economía, quien la atribuyó telefónicamente a razones de tránsito en la ciudad y la excusa de su asistencia propició que los profesores de la especialidad consideraran pertinente retirarse. La anécdota pretende ilustrar las actitudes contrapuestas entre profesores de derecho y de economía, no solo como polémica entre dos facultades de una universidad, sino como la manifestación empírica de la confrontación histórica de corrientes doctrinarias opuestas innecesariamente.

Así mismo, el maestro (Stewart, 2012, pág. 4) sostiene:

*Más no solo en el ámbito académico nacional parece haberse presentado el problema del cisma y no solo a nivel de polémica. Se dice que un importante economista norteamericano fue preguntado sobre qué recomendaría al gobierno de un país que tuviera diez millones de habitantes, pero recursos suficientes para atender solo a cinco, su fría respuesta fue **dejaría que murieran los cinco millones de habitantes sobrantes**. Esta no es una cita, por cuanto carezco de constancia de lo dicho; por tanto, no está siendo recogida formalmente, al no citar a su presunto autor. Solo es mencionada para resaltar anecdóticamente, las eventuales carencias axiológicas de la economía y a su vocación pragmática que estarían entre las causas de su distanciamiento con el derecho, lo que se denomina **cisma** en el título de este trabajo y constituye el problema central de esta investigación.*

El maestro en mención sostuvo “la comprobación empírica del cisma” se hace patente, ese problema parece que existe resistencia en dejarlo y subsiste, se suele confundir el “Análisis Económico del Derecho” con el derecho y la economía, así se tiene, por citar algunos casos, a (Cooter, R y Ulen, T., 2016), quien titula su libro como Derecho y economía, sin embargo, el desarrollo del mismo se basa categóricamente en el “Análisis Económico del Derecho, y sostiene que es un instrumento interdisciplinario que ofrece dos grandes campos de estudio y facilita una mayor comprensión de ambos.

La obra de Cooter y Ulen, incita al cambio del pensamiento y comportamiento del individuo, conllevándolo por la frondosidad de la matematización, calculadora para todo cuanto realiza, desvirtuándose la razón del derecho humano, axiológico, de ese derecho que es vida, acentuando la formalidad numérica, olvidando que no somos números, sino personas, e incluso esto se evidencia en algo tan sencillo como es la singularidad misma de llamar lista en las aulas de clases, antes llamaban a los estudiantes por números, uno, dos, qué paso con el tres, aspecto que posiblemente es sin importancia y pareciera ser inofensivo pero que si profundizamos en la concepción misma de ser persona, lo subestima, lo cosifica, lo retrae al nivel del “res parlante” del que hablaban los romanos, e incluso esta forma de tratar a las personas en los penales, en los procesos judiciales, ha cambiado, por encima de cualquier aspecto económico, está la persona y su condición de su trato digno, en tanto, el referido autor no desarrolla el tópico con el que titula su libro.

De igual forma, (García y García, A / Zavala R, D., 2009), titulan su libro “*Derecho y economía*”, sin embargo, el desarrollo del tópico es exclusivamente sobre el Análisis Económico del Derecho, y esto se evidencia tanto en el cuerpo del texto, así como en la casuística que presenta”, por otro lado, (Bullard G A. , 2009) en su libro, “*Derecho y economía*” el análisis de las instituciones legales, si se da lectura a dicho texto, su contenido obedece al “Análisis Económico del Derecho”, ante estos aspectos el objetivo de la presente, es entre otros aspectos dirigirse a la comprobación empírica de la tesis del doctor Stewart, (Stewart, 2012, pág. 12) y orientar la investigación a la percepción que tienen los magistrados civiles sobre la complementariedad entre el derecho y la economía, haciendo énfasis en la confusión que generan en el mundo académico los textos mencionados los cuales no solo generarían implicancias académicas sino de otra índole.

Se considera que el “*Análisis Económico del Derecho*” y el “*derecho y la economía*” son tópicos que pertenecen a dos sistemas jurídicos distintos, por lo tanto, no se puede confundir e incluso llevar a confusión a los lectores, de ahí la justificación de esta tesis,

este estudio se dirige a la percepción de los jueces del Distrito Judicial de Lima, quedando la puerta abierta a otro tipo de investigaciones, porque aún perdura la intención de seguir en este punto y contrapunto, porque confundir dos sistemas jurídicos, no solo es cuestión de pareceres, o tal vez algo superficial como pensar que son solo títulos, es más que eso, es confundir dos sistemas jurídicos; como ya se dijo queda abierta la posibilidad de estudio e incluso de manera prioritaria en el Derecho Constitucional, porque afirmar que se aplica el Análisis Económico del Derecho en las sentencias del Tribunal Constitucional, sería un buen tema de estudio, iría más allá de una opinión, la verdad afirmarlo sería analizar en qué sentencias se aplicó el Análisis Económico del Derecho, claro está, todos tienen derecho de expresar su opinión, sin embargo, no es una opinión cualquiera; y de esta manera sería de gran interés comprobar lo afirmado por Torreblanca, e incluso cuando se da lectura a un artículo titulado *“Aplicación del Análisis Económico del Derecho en las sentencias del Tribunal Constitucional”* (Torreblanca, págs. 1-13).

En la atingencia expresada, queda el camino abierto para que se compruebe en qué sentencias emitidas por dicho Tribunal se aplicó el análisis económico del derecho, e incluso hipotéticamente de ser así, este aspecto preocuparía a la comunidad jurídica, porque el Tribunal Constitucional es el seno en donde se garantiza los derechos fundamentales, y afirmar que se está aplicando un sistema jurídico distinto al nuestro, implicaría serias consecuencias, por ello queda abierta la interrogante, con este ejemplo se puede comprobar una vez más la confusión que va más allá de los términos.

Así mismo, expresamos que la relevancia del presente estudio, se basa en los fundamentos epistemológicos, en la esencia misma de la premisa, complementariedad entre el derecho y la economía, la cual está dentro del marco de estudio del Derecho Romano Germánico, aspecto que se afianza en lo que sostiene (Rene, 1973, págs. 10,11) en su texto “Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos”; él afirma que *“toda sociedad política sostiene su propio sistema jurídico, cada sistema jurídico es algo más que normas, válidas solo en un país y en una época determinada”*. En este orden de ideas, el Análisis Económico del Derecho se afianza en el Common Law,

sostiene el mismo (Rene, 1973, pág. 17) *“La familia del Common Law es la segunda familia del derecho de Inglaterra y el derecho que han tenido como modelo el inglés, esta conserva su estructura muy diferente al Derecho Romano Germánico”*.

Se reafirma la importancia del estudio con bases epistemológicas, como sostiene (Popper, 1967, pág. 37) *“en el desarrollo del conocimiento científico no hay fuentes últimas del conocimiento, debe darse la bienvenida a toda fuente y a toda sugerencia; y toda fuente y toda sugerencia deben ser sometidas a un examen crítico”*. Desde ese punto de vista se piensa que no hay verdades últimas, siempre queda abierta la posibilidad de seguir investigando, de ahí el objetivo de realizar la presente pesquisa, que por su naturaleza misma queda abierto el camino para su continuación.

En la presente, se hace énfasis en el marco epistemológico de la investigación jurídica, y es explicado porque se considera de vital importancia, tal como sostiene Aranzamendi en su texto, Fundamentos epistemológicos de la investigación básica y aplicada al derecho (Aranzamendi, 2011, pág. 19) *“A partir de la epistemología, uno se introduce en el estudio de los fenómenos naturales y sociales, en el desarrollo de la ciencia básica y aplicada, el diseño de lo cualitativo y cuantitativo, lo experimental y no experimental”*; de igual manera lo sostiene Martínez en su texto, Epistemología y derecho: lineamientos de la teoría epistemológica del derecho (Martínez L, 2008, pág. 261) *“en las últimas épocas, las relaciones entre el derecho y la economía se han ampliado desde que inicialmente fue un campo estrecho y más o menos esotérico, hacia un sustancial movimiento que ha contribuido no solo a redefinir los fundamentos del estudio del derecho sino a decisivas implicancias respecto a la consideración del ambiente legal en la construcción de la teoría económica”*, aunque cabe resaltar que el autor, confusamente también se dirige al análisis económico del derecho así como el derecho y la economía, como si fueran lo mismo.

1.2.1. La postura del doctor Alberto Stewart Balbuena

El maestro universitario en su investigación realizada, toma postura y sostiene que las sociedades regidas por el “*common law*” proponen el concepto de análisis económico del derecho y en la complementariedad ontológica y recíproca entre el derecho y la economía, se supera el cisma entre estas dos ciencias, ambas ciencias tienen elementos en común y elementos propios y diferenciadores, los propios para el derecho la ley, la justicia, el Estado y para la economía la sociedad y el bienestar, siendo la pentaelementalidad exclusiva de la consistencia del derecho, en donde la nomenclatura propuesta emana, no solo la naturaleza social del derecho sino su esencia humana.

El maestro Stewart, presenta en su estudio un concepto ontológico de la economía, destacando sus elementos como son, su naturaleza antropológica, el aspecto sociológico, el elemento político de naturaleza jurídica, aspectos que ocurren en el derecho de ahí su complementariedad, sostiene que “*utilizando cabezas frías para informar a nuestros corazones calientes, la ciencia económica puede contribuir a conseguir una sociedad próspera y justa*” que nos recuerde el fin axiológico del derecho, con lo que con esos elementos, es posible conceptualizar la economía como la ciencia que procura encontrar los medios de satisfacción de las necesidades de hombre en la sociedad en que vive.

En cuanto a la relación elemental del derecho y la economía, el mencionado maestro hace referencia a los ítems precedentes en lo relacionado a los cinco elementos que configuran la consistencia ontológica tanto del derecho como de la economía, sostiene, que estos son esenciales por cuanto ninguno de ellos puede faltar o ser sustituido, destaca que “los elementos comunes son el elemento antropológico (ser humano) elemento sociológico (la sociedad) elemento político (el Estado), elementos específicos del derecho y la economía, elemento metodológico para el derecho la norma, para la economía, la relación entre bienes y necesidades del bienestar y el elemento teleoaxiológico la justicia, siendo elementos condicionantes externos comunes el tiempo y el espacio”.

Sostiene el estudioso del derecho y la economía, que existe una aparente confusión entre el análisis económico del derecho y el derecho y la economía, por lo que *“no es lo mismo tratar de hacer análisis económico de derecho, con metodología e instrumentos conceptuales de la ciencia económica que procurar la naturaleza esencial de derecho económico”* en donde destaca lo afirmado por Guido Calabresi, cuando sostiene que no sería admisible pensar que la eficiencia económica es el fin del derecho, por cuanto la eficiencia económica es la propuesta de la economía para procurar el bienestar social justo, lo que propicia el derecho en un mundo axiológico que de ninguna manera puede ser sustituido por la economía, sino se complementa.

1.2.2. La postura del autor Alfredo Bullard Gonzales

Como lo indica el autor, Alfredo Bullard en uno de los textos cuyo título del mencionado es *“Derecho y Economía”* el análisis económico de las instituciones legales, el texto en mención se titula *“Derecho y Economía”* y el estudio que presenta tiene el enfoque de la escuela de Chicago, de la que surge la propuesta del análisis económico del derecho, el profesor sostiene que el AED, *“es una metodología del análisis que apareció aproximadamente en los años 60 en los EEUU, y que lo único que persigue es aplicar los métodos de la ciencia económica al derecho”* (Bullard G A. , 2009, pág. 41), así mismo sostiene *“que es difícil de dar una explicación de lo que es y la única forma de entender es aplicándolo y viendo cómo funciona en la realidad”* haciendo explícita alusión al análisis económico del derecho.

Agrega el autor que lo que se consigue con el AED, es predecir conductas de seres humanos, que los seres humanos actúan en base a incentivos, tratando de maximizar los benéficos y minimizar los costos, siendo posible encontrar fórmulas que permiten predecir como los individuos actuaran ante tales incentivos.

Afirma el profesor, que el AED utiliza básicamente herramientas de la microeconomía, que en un mundo conceptual sujeta a los abogados a una suerte de *“esquizofrenia jurídica”*, en este mundo del jurista no hay nada real, todo es imaginario, los conceptos se pasean como personajes inexistentes, que cuando los juristas hablan el lego, el cliente,

el ciudadano común y corriente mira al abogado como si estuviera conversando con el vacío.

Sostiene el profesor, los abogados o “los juristas” son los abogados con aspiraciones de científicos, (Bullard G A. , 2002, pág. 18), *“los conceptos jurídicos son entidades sobrenaturales que no tienen existencia verificable salvo a los ojos de la fe, los razonamientos jurídicos suelen ser una suerte de razonamientos sobrenaturales y circulares, porque usan conceptos para definir y crear otros conceptos”*, por lo tanto el análisis económico del derecho, es una manera de respuestas a ciertos interrogantes que el derecho, visto solo como jurisprudencia no puede contestar.

Además, sostiene, *“lamentablemente la influencia del AED en el Poder Judicial es virtualmente nula”* (Bullard G A. , 2002, pág. 29) sostiene, *“que los jueces se muestran muy suspicaces para aplicar estas herramientas y prefieren utilizar categorías formales y tradicionales, más cercanas a la esquizofrenia jurisprudencia de conceptos”*.

Afirma el estudioso del AED, que “el mundo está dividido en dos grandes sistemas legales, el romano- germánico y el sistema anglo – sajón, más precisamente el *common law*, que el AED es una creación anglosajona, propia de un sistema de precedentes de observación obligatoria, en la que la jurisprudencia es la fuente del derecho por excelencia y la ley es solo un complemento, por expresado el profesor afirma que en ese contexto, el AED es inaplicable en el Perú, porque el Perú es un país que pertenece a la tradición romano germánica”.

Afirma el estudioso del AED, que este antes de ser un conjunto de propuestas sobre cómo debe ser el derecho, es una metodología para analizarlo, que no es otra cosa que la aplicación del método económico para analizar el derecho.

1.2.3. Postura de Robert Cooter y Thomas Ulen

Los teóricos titulan su texto como “Derecho y economía”, realizan una revisión de la teoría de la microeconomía, una introducción al derecho y a las instituciones legales, sostienen “un economista que lee una revista de derecho entenderá mucho más de ella que un abogado que lea una revista de economía, toma postura y afirman que, no es difícil convencer a un abogado que no sabe economía, es difícil convencer a los economistas aunque no sepan derecho, además sostienen que no todos los aspectos de la vida son en el fondo puramente economía” (Cooter, R/ Ulen T, 1998, pág. 83).

Los estudiosos hacen uso de la fábula y afirman que, así como el conejo en Australia, la economía encontró un nicho vacante en ella la “*ecología intelectual*” sostiene, que la economía ofreció una teoría científica para pronosticar los efectos de las sanciones legales sobre el comportamiento, que, para los economistas, las sanciones son como los precios y supuestamente los individuos responden a estas sanciones de una manera muy similar a como responden los precios.

Sostiene que la economía cuenta con teorías matemáticamente precisas, la teoría de los precios y la teoría de los juegos y métodos empíricamente razonables, la estadística y la econometría para analizar los efectos de los precios sobre el comportamiento, siendo que la economía ofrece un criterio normativo útil para la evaluación del derecho, que las leyes no son solo argumentos arcanos técnicos, que la economía además de la eficiencia pronostica los efectos de las políticas sobre otro valor importante, la distribución.

En el contexto dado los estudiosos nos presentan su postura en la economía y el derecho tal como lo presentan en el título de su texto, pero conforme nos vamos inmiscuyendo en la profundidad de su propuesta en el cuerpo del texto se dirige a la profundización del análisis económico del derecho, hacen hincapié en el óptimo de Pareto, en la teoría de los juegos, el costo-beneficio, el equilibrio de Nash, los teoremas de la eficiencia, externalidades, el azar moral, la economía del comportamiento, la teoría económica de la

propiedad, el teorema de Coase, costos de transacción, remedios eficientes (Cooter, R y Ulen, T., 2016).

1.2.4. Postura Steven Shavell

Considera que el análisis económico del derecho es fundamental en la interpretación y aplicación del derecho civil, tiene muy en cuenta el AED en la fundamentación y análisis de las figuras jurídicas como el contrato, la sucesión, la propiedad entre otras.

Precisa la utilidad del análisis económico de derecho para la comprensión del mundo jurídico, advierte además que los seres son “racionales” es decir que tienen en cuenta el futuro y se comportan tratando de hacer maximizar su utilidad esperada.

1.2.5. Postura del profesor Serrano Moya Edgard David

Sostiene el autor de nacionalidad colombiana, que la “economía y el derecho” representan un punto de vista interdisciplinar, de las acciones reciprocas de una sociedad, afirmando además que la no se puede condenar al derecho a estar subsumido por la extensión de la ciencia económica, por lo tanto ambas tiene una acción recíproca y al complementarse tengan un mejor efecto que separadas.

Sostiene además que el medio académico tiene una responsabilidad en la continuación del proceso de construcción de teorías o tesis que unifiquen el derecho y la economía por cuanto la interdisciplinariedad y la transdisciplinariedad son básicas en la ciencia actual que procura de alcanzar un conocimiento integrador de la realidad.

1.2.6. Postura del investigador Acosta Iparraguirre Vicente

Sostiene el investigador, que la relación existente entre a economía y el derecho, se hace más evidente en la actualidad, ambas son elementos fundamentales para para lograr el desarrollo de los pueblos, evidenciándose un índice de desarrollo humano, por lo tanto la

interdisciplinaria de ambas son el complemento perfecto en la sociedad, en esta sociedad que aun al margen de todo conserva valores.

El autor nos da una apreciación crítica y concienzuda con respecto al fenómeno económico, y sobre todo al trato responsable de estos dos tópicos que pareciera ser que el orden de los factores no alterara el producto, en este caso sí, si se antepone el factor económico por encima del humano los resultados son evidentes.

1.2.7. Pronunciamiento de la autora María A. Camacho Zegarra

Sostiene la investigadora que para quienes afirman que el derecho y la economía se oponen, les da un alcance contrario, y señala que no solo tienen mucho en común, sino que sobre todo se complementan de manera interesante, que el derecho y la economía conjugan aspectos centrales en la resolución de grandes cuestiones de las naciones para la búsqueda de desarrollo y en general del bien común, juntándose derecho y economía en la combinación perfecta.

Sostiene que cuando queremos hacer una relación entre el derecho y la economía en lo primero que pensamos es en los contratos, porque siendo el instrumento que genera obligaciones desde el punto de vista del derecho, son la base de las transacciones y resultado de las negociaciones que permiten alcanzar beneficios económicos para quienes lo celebran.

Además, deja asentada su postura, que el derecho y la economía son dos disciplinas que pretenden como ciencias sociales buscar el bienestar de la sociedad, ambas tienen aspectos que se confunden, colisionan en algunos casos, pero sobre todo tienen como fin la persona humana y la satisfacción de las necesidades básicas, como bienes materiales, pero también aspectos que le aseguren convivencias pacíficas y cierto grado de bienestar.

Sostiene que ambas ciencias se complementan, que el jurista de hoy, no puede ser un experto en los fundamentos, teoría, doctrina y jurisprudencia que conforman el derecho, apartándose de otras ciencias sociales, específicamente la economía.

1.2.8. Crítica del autor Mario Castillo Freyre

De manera explícita y contundente sostiene el autor, en efecto, *“esquizofrenia jurídica”*. *“El impacto del análisis económico del derecho en el Perú”*, Bullard, con su sutil maestría pedagógica y sutileza, nos abre las puertas de un reino fantástico en el que la economía se apodera de la mente e interpreta el mundo a su guisa, en este punto divergente afirma Castillo, que es una esquizofrenia económica considerar que el derecho es solo un tinglado de relaciones económicas en las cuales los fenómenos jurídicos se tienen que dilucidar desde el prisma de la economía, que es llamada por algunos *“reina de las ciencias sociales”* por lo tanto sostiene Castillo, el análisis económico del derecho, según Bullard, no sería otra cosa que el predecir de la conducta de los seres humanos en tanto y cuanto ello sea posible con el *“método económico”* siendo la medula de este enfoque profético, que los individuos reaccionan a estímulos determinados de una manera bastante predecible, que los incentivos correctos alientan o desalientan conductas en función de un cálculo de costo y beneficio, advierte el autor, que con estas conductas solo se ve lo que se quiere ver, evidenciándose así un desorden esquizofrénico de la conducta que recae en un comportamiento maximizador, que solo son parte de la misma alucinación esquizofrénica que solo puede ser posible en el fantástico mundo de *“los chanchos rosados y de los elefantes voladores”*. Sostienen el autor, el análisis económico del derecho divaga en las fantasías de la omnisciencia y el equilibrio perfecto de los intereses particulares o, mejor dicho, hace del individuo un Dios y del mundo un paraíso, donde el derecho no tiene sentido porque no tiene ningún problema al cual dar solución.

Crítica Castillo, al análisis económico del derecho y sostiene que el gran problema que tienen aquellos que se aventuran al turismo jurídico es que, como todos los turistas de este mundo, poco o nada llegan a saber sobre el paisaje que tienen al frente, por ello a través de las gafas de sol y de acuerdo con el precio pagado por su aventura, se maravillan

fabulando un paraíso si las monedas no han sido muchas o se resentirán despotricando contra el infierno que les vació el bolsillo, sosteniendo que ese es el problema del análisis económico del derecho, el campo que pretende analizar porque no entiende en absoluto lo que es el derecho, confundiéndolo con una mera herramienta económica, ilustrando su pensamiento al afirmar, *“cuando una persona en un conflicto de intereses o incertidumbres jurídicas, busca el asesoramiento de un abogado, quiere recibir de él, un asesoramiento jurídico no económico, caso contrario buscaría a un economista”*

1.2.9. Postura del autor José Ramón Cossío Díaz

El autor sostiene, que el análisis económico del derecho es primordialmente de carácter positivo siendo el aspecto fundamental de su postura que a la economía solo le interesa aquellos aspectos que sean propiamente económicos, en donde el elemento común es la maximización de la utilidad o la búsqueda del lucro, si bien es cierto que su texto principal es derecho y análisis económico, su estudio recae en el análisis económico del derecho, destaca la eficiencia de las normas como objeto del AED.

1.2.10. Crítica de Paloma Duran y Lalaguna

Sostiene la autora, que el análisis económico del derecho oferta una definición de derecho y de justicia que rompe con toda la tradición jurídica, por lo que realiza una crítica académica y alturada a la obra de Pedro Mercado Pacheco, sostiene que el análisis económico del derecho no es un estudio interdisciplinar, sino de la sustitución de la justicia por la eficiencia, y derivadamente, la hegemonía de los criterios económicos sobre los propiamente jurídicos, que los estudios realizados por Mercado Pacheco, son presentados como un estudio interdisciplinar, sin embargo en su propuesta no hay interdisciplinariedad o complementariedad entre ciencia económica y ciencia jurídica, sino la sustitución de un saber por otro, por lo tanto no parece que sea posible que el autor trate de desarrollar un estudio interdisciplinar del derecho.

La crítica de la autora, recae en que el AED, tiene como paradigma el *homo economicus*, crítica y sostiene que esta corriente no es una movimiento que pretenda estudios interdisciplinarios del derecho, sino más bien hegemonía de la economía sobre las ciencias sociales, sumada a la crítica que el *homo economicus* tienen su origen en el nacimiento de la ideología moderna, que según Mercado, justifica la transformación de las sociedades posmodernas en la que prevalece el principio económico de autosuficiencia, sostiene la estudiosa que el análisis económico del derecho propone una visión reducida de la conducta humana, al interpretarla siempre desde la racionalidad económica.

La estudiosa de la tónica en referencia sostiene, que le parece desproporcionado que Mercado Pacheco llegue a afirmar, que el AED, sea la “promesa feliz” de una teoría de derecho y de justicia, “realista” en su adaptación al mundo de la escasez “científica” en la descripciones derecho, en donde el proyecto del AED, es remplazar todo principio por el valor social por excelencia que no es otra cosa que la eficiencia económica y que es bueno recordar sostiene Paloma Duran, que la eficiencia económica no es propiamente un nuevo valor social.

1.2.11. Postura de los autores Adriana García García y Dick Zavala Rubach

Los autores realizan su estudio bajo la temática del “*derecho y economía*” siendo su objetivo introducir a los alumnos de derecho a la corriente de pensamiento legal conocida con el nombre de *análisis económico del derecho* (AED), los autores consideran de gran importancia el conocimiento y entendimiento del AED para el estudio de las normas e instituciones jurídicas, que abarquen tanto su nacimiento como su aplicación, la determinación de su eficacia y la predicción de sus efectos en la conducta de los agentes.

Sostienen los autores que el AED es una forma de estudiar al derecho que difiere de las formas tradicionales, haciendo uso de las herramientas económicas, es decir, las herramientas de la economía como ciencia, para analizar sistemas normativos, siendo el

principal objetivo la búsqueda de la eficiencia en los sistemas legales, las herramientas que los autores basan sus fundamentos doctrinarios sumillada como derecho y economía, son: la teoría de los precios, el análisis- costo beneficio, la aplicación de criterios de eficiencia, la estadística, la econometría, el análisis estratégico y la teoría de los juegos entre otras.

Los autores consideran que el juez, el abogado el árbitro puede encontrar herramientas útiles en la realización de sus respectivos trabajos, sostienen que este sistema de derecho del *common law* es importante y puede ser utilizado en una decisión judicial por la severidad de las sanciones y en la probabilidad de aplicación de las mismas, su posición radica en la afirmación que los autores realizan al sostener que una decisión judicial crea insensivos en las partes para actuar en el futuro de cierta forma, sostienen los autores, el juez debe considerar el probable efecto de sus decisiones alternativas sobre el comportamiento futuro de los individuos para optar por una u otra decisión.

1.2.12. Postura de Richard Posner

Sostiene el conocido autor, que tiene la convicción de que la economía es una herramienta poderosa para analizar un vasto conjunto de cuestiones legales, pensando al mismo tiempo en la mayoría de juristas y los estudiantes de derecho (incluso los brillantes) tienen dificultades para relacionar los principios económicos con los problemas legales concretos.

Sostiene el Richard Allen Posner, abogado norteamericano, principal pionero de análisis económico del derecho, que el nuevo análisis económico del derecho surgió con el primer artículo de Guido Calabresi, sobre los daños y con el costo social de Ronald Coase, siendo estos los dos primeros intentos modernos por, aplicar sistemáticamente el análisis económico del derecho a las áreas del derecho que no regulan expresamente las relaciones económicas.

El pionero del análisis económico del derecho, tiene una óptica diferente de fundamentar la figura contractual, además de ello algo que posiblemente en nuestro sistema jurídico nos llame la atención, trata el derecho de familia como “*el análisis económico de la familia*”, en la cual funda su percepción que el hogar no es solo una unidad de consumo, sino, lo que es más importante, una unidad de producción en la sociedad, los esposos trabajan a tiempo completo, el hombre laboralmente y la mujer en el mercado del hogar, el mercado del matrimonio y cuando este se disuelve sus activos deben distribuirse entre los socios, en el caso de pensión alimenticia para la esposa esta es una forma de indemnizar por el despido y es subsidio de desempleo, pero en el contexto que se probara la falta podría perder su derecho a la indemnización, así mismo sostiene, en todos los estados es ilegal la venta de derechos de patria potestad, pero no lo es en la práctica está muy relacionada con la maternidad subrogada y en esta los mejores postores se convertirán en padres.

1.2.13. Postura del autor Pierluigi Chiassoni

Sostiene el autor, que el análisis económico del derecho, es una corriente de pensamiento americano, siendo sus precedentes el pensamiento económico del siglo XIX y los años 30, sin embargo, lo más aceptado por la doctrina es que surgió a inicios de los años 60, con las publicaciones de Ronald Coase, Guido Calabresi Y Armen Alchian, y otros exponentes de la escuela de Chicago, y el análisis económico de los juristas se inició en la universidad de Yale.

El autor en mención, sostiene que el movimiento del análisis económico del derecho es un fenómeno cultural complejo, que hace uso de una serie de herramientas micro-económicas, que representan el trato específico de la ciencia jurídica ju- económica de las cuales un jurista economicista tendría que servirse en tratar problemas jurídicos, y que hace falta que un jurista- economicista, conduzca su análisis del derecho utilizando exclusivamente formas de razonamiento medio-a-fín, que un jurista economicista debe utilizar solo conceptos jurídicas rigurosamente definidos, en lo posible referenciales o cuantitativos.

Sostiene el autor que el derecho debe tener una perspectiva interdisciplinaria, pero atribuyendo a las herramientas de la teoría micro- económica, asumiendo que, al elaborar la solución para cualquier problema de regulación jurídica, tenga una perspectiva centrada en la eficiencia, tomando sistemáticamente los costes y los beneficios.

1.2.14. Enfoque de Andrés Roemer

El autor presenta un enfoque en su texto *“Felicidad un enfoque de derecho y economía”*, el tópico de la felicidad la aborda, la contempla desde una perspectiva económica y jurídica, siendo esta el fin ulterior de la economía, dado que esta como ciencia social permite comprender mejor el comportamiento del individuo ante los incentivos que la sociedad ofrece, en este entender sostiene el autor el análisis económico del derecho como estudio interdisciplinario debe medir la felicidad ya que este es un indicador adecuado para medir la calidad de vida, la prosperidad de los ciudadanos, su enfoque es interdisciplinar sin embargo su énfasis recae en el AED.

1.2.15. Enfoque de Nuria Quero Aragón

Sostiene la citada autora, que el análisis económico del derecho es una disciplina que consiste en aplicar principios y técnicas habituales del AED, al estudio de temas jurídicos, que esta metodología no es nueva y que tiene su origen con **Jeremy Bentham** (1789) y **John Stuart Mill** (1846) pero fueron los artículos de Ronald Coase (1960) y Gary Becker (1968) los que dieron a conocer esta disciplina.

Que esta disciplina fue tema de discusión por parte de muchos juristas en la mitad del siglo XX, teniendo detractores que lo consideraban una moda pasajera, como el profesor de derecho de Harvard **Morton Horwitz** y el profesor de la Universidad de Yale, **Owen Fiss**, pero también tuvo férreos defensores como fue el caso de Richard Posner.

Sostiene que el análisis económico del derecho tiene como base y método de trabajo la teoría microeconómica, social o cultural.

Que esta metodología parte de la idea de que no es posible entender las instituciones jurídicas únicamente con argumentos legales, que es esencial considerar los efectos económicos, y que un asunto clave del AED, consiste en la distinción entre los países que poseen el *common Law* (basado en la jurisprudencia) y los que trabajan en base al *Civil Law* (sustentados en diferentes códigos), siendo la posibilidad de error mayor en el primer caso.

Sostiene la autora que la aplicación del análisis económico del derecho es el del funcionamiento del sistema jurídico, basado en la triada “maximización – mercado – eficiencia sobre un enfoque de coste social.

1.3. Orientación jurisprudencial en torno a la aplicación normativa

1.3.1. Sentencias de los juzgados civiles del Distrito Judicial de Lima

1.3.1.1. Sentencia en Exp. N°38273-200801801-JR-C1-12. Caso: de nulidad de contrato

I. Parte descriptiva

1.1. Hechos en que consiste el caso.

Como versa de la resolución, la señora EMILIA IRENE GOMEZ SERNA, demanda se declare la nulidad del acto jurídico de una compra venta de fecha veinte de febrero del 2002, celebrada entre la demandante, como vendedora, a favor de los demandados, José Santos Llacsahuache Humbo y Santos Umbo Pangalina, como compradores, con respecto a parte del inmueble ubicado en Lote N° 8 de la manzana "D5", Urbanización Popular Asociación Rural Industrial y Agropecuaria, distrito de Chorrillos.

1.2. Itinerario procesal seguido

Admitida la demanda en la vía del proceso conocimiento, vencido el plazo legal sin que se haya contestado la demanda, se declara la rebeldía de los demandados, saneado el proceso, se fijan los puntos controvertidos, y se admiten los medios probatorios

ofrecidos por las partes, fijándose fecha para la audiencia de pruebas, la cual se llevó a cabo conforme al acta, se admitió la actuación de medios probatorios de oficio, pericia grafotécnica sobre el contrato objeto de demanda y recibos de pagos, se apersona al proceso la demanda, actuándose el medio probatorio de pericia grafotécnica la cual no fue objeto de observación alguna; oído los informes orales, y vencido el plazo de los informes escritos, siendo estado de la causa emitir sentencia, el juez procedió a expedirla.

1.3. Pretensiones de las partes

La demandante, peticioona la declaración de nulidad del acto jurídico de compra venta de fecha veinte de febrero del 2002, celebrada entre la demandante, como vendedora, a favor de los demandados.

Los demandados, al estar en rebeldía, no obstante haber sido debidamente notificados, no han contradicho ni negado que el documento haya sido firmado en blanco por la actora y posteriormente haber sido llenado por ellos, aceptando este supuesto.

1.4. Decisión (fallo) que toma la judicatura

FALLO. Declarando FUNDADA la demanda, interpuesta por EMILIA IRENE GOMEZ SERNA, en consecuencia NULO el acto jurídico de jurídico de compra venta de fecha veinte de febrero del 2002, celebrado por la demandante como vendedora a favor de los demandados JOSÉ SANTOS LLACSAHUACHE HUMBO y SANTOS UMBO PANGALINA.

1.5. Motivación jurídica

De la demanda: ampara sustantivamente la demanda en los artículos 219⁰ Inciso 3, y artículo 220 del Código Civil.

De la demandada: no presenta por ser declarada en rebeldía.

De la judicatura: que, corresponde a las partes acreditar los hechos que sustentan su pretensión o contradicción, tal coma está establecido en el articula 196⁰ del Código adjetivo.

Que, los demandados se encuentran en rebeldía, lo cual, conforme a lo señalado en el artículo 461^a del “Código Procesal Civil”, “causa presunción legal relativa sobre la verdad en los hechos expuestos en la demanda” en ese sentido debe tenerse en cuenta que el inciso primero del artículo 219c del Código Civil, “señala que el acto jurídico es nulo, cuando falta la manifestación de voluntad del agente”.

“El artículo 135⁰ del Código Civil” "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear; regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”

“Inciso 2 del artículo 442⁰ del Código Procesal Civil”, “el demandado, al momento de contestar la demanda debe, Pronunciarse respecto' de cada uno de los hechos expuestos en la demanda”.

“El inciso 1 del artículo 219⁰ del Código Civil”. Causales de nulidad del acto jurídico,
I. Falta de manifestación de voluntad del agente.

II. Parte critica

2.1. Contexto jurídico del caso

El caso en comentario lo situamos en la institución jurídica de nulidad de acto jurídico, por lo tanto de conformidad con lo establecido por el “inciso 1 del artículo 219 del Código Civil”, “el acto jurídico es nulo cuando falta la manifestación de voluntad del agente”, aspecto directriz del caso en comentario.

2.2. Relevancia de la Sentencia: su importancia y sus repercusiones

La sentencia es relevante, tiene consecuencia jurídica que trasciende no solo en el plano judicial, sino también en lo social, acercándose lo más fielmente posible a la realidad, el juzgador ha utilizado un razonamiento deductivo, basado en hechos determinados que se declaran probados, se subsumen en el supuesto fáctico de una norma jurídica para extraer así la consecuencia prevista, por lo que aplico la norma después de haber analizado la realidad jurídica social expuesta por la parte demandante, quien no solo afirmo, sino que demostró con la pericia grafotécnica la veracidad de sus afirmaciones.

2.3. Análisis de la resolución del problema jurídico en la complementariedad

El juzgador puso de relieve las fortalezas y debilidades del razonamiento seguido por las partes analizando y meritando la conducta procesal del caso en análisis la rebeldía del demandado.

Por otra parte cabe resaltar que está adecuadamente determinado el régimen jurídico aplicable, así como los criterios interpretativos, seguidos por parte del juzgador, lo que si hubiera sido interesante las llamadas taxativas propias de la argumentación jurídica, por otra parte señalamos que existe la debida correlación entre los hechos y la solución adoptada siendo la solución resulta congruente con lo que pedía la parte demandante llegando a una solución justa.

En la resolución en comentario, (Taboada, s.f., págs. 1-6), sostiene *“como es sabido, la doctrina moderna acepta, en forma casi unánime, que los elementos del negocio jurídico, entendidos estos como los componentes que conforman el supuesto de hecho, son la Declaración de Voluntad o conjunto de declaraciones de voluntad y la Causa, entendida esta, según un sector cada vez más amplio, como la finalidad o función objetiva que justifica el reconocimiento de determinado acto de voluntad como negocio jurídico, es decir, como capaz de producir efectos jurídicos”*.

Ahora bien, esta primera causal de nulidad está referida a la circunstancia de que en un determinado supuesto no exista realmente manifestación de voluntad del declarante. En otras palabras, se trata de un verdadero supuesto de nulidad del negocio por ausencia de uno de sus elementos, en este caso la Declaración de Voluntad.

En el caso en cuestión tal como se desprende del caso, el fallo del juzgador se resuelve en base al sistema romano germanico, no primo el aspecto solo de la economía, como si se tratara solo de hechos consumados, se evidencia el impacto, la demandante acciono la nulidad del acto juridico, no manifesto su voluntand, el demandado aprovechandose de la buena fe de la accionante, falsifico la firma, quiso sacar ventaja económica al apoderarse del bien con un documento falso.

El colegiado, en el proceso no aplico en ninguna dimension el analisis economico del derecho, la motivacion de sus decciones corresponden al conjunto de razonamientos de hecho y de derecho, valoro las pruebas con respeto al mentado principio de inmediacion, a esa valoracion de las pruebas libre pero no arbitraria, lleva a cabo en la sentencia, con los hechos valorados y decalardos como probados sontruyo el juez en su sentencia.

En el sistema juridico como el nuestro si bien es cierto que existe de alguna manera implicita la complementariedad, no se evidencia la aplicación del analisis economica del derecho a los fallos judiciales.

No se evidencia de ninguna manera figuras microeconomicas, llamese estas, costo-benefico, el optimo de Pareto, como en el caso del analisis economico del derecho “*aplicación a fallos judiciales*” como sostiene Martin Kruse.

1.3.1.2. Sentencia en Exp. N° 2489 –2013–0–1801–JR–CI–19. Caso: Resolución de petición y/o exclusión de herencia

II. Parte descriptiva

La demandante, PAMELA LEONOR MORON GAULTIER, interpone demanda de PETICIÓN DE HERENCIA, contra la parte demandada, SABEL DEL CARMEN GAULTIER AGUILERA, para que se le declare heredera de su señor padre, don David José María Morón Núñez, debiendo ser incluida coma tal respecto del inmueble constituido por el Departamento N c 301 de la avenida El Corregidor N°1304 (antes avenida 3, Lote 43 de la manzana A Urbanización Sirius, Primera Etapa), y el Estacionamiento "A, primer piso con frente a la misma avenida, distrito de La Molina.

1. Hechos en que consiste el caso.

La accionante en su demanda, sostiene que su padre don David José María Morón

Núñez, falleció intestado en la ciudad de Lima el 26 de enero del 2013 conforme consta en el acta de defunción que adjunta, habiendo estado casada con doña Isabel del Carmen Gaultier Aguilera, lo que le permitió hacerse declarar como su única heredera. Con motivo de liquidar algunos asuntos de negocios que dejó pendiente su padre, en forma circunstancial la accionante tomó conocimiento que su señora madre, que domicilia en Puerto Maldonado, (Madre de Dios), había tramitado la sucesión intestada de su padre ante la Notaria de la ciudad de Trujillo, doña Lina del Carmen Amayo Martínez, conforme aparece de la copia certificada de la Partida NO 11208588, Zona Registral V sede Trujillo; que por razones que desconoce, la demandada se ha hecho declarar como única heredera de su padre, excluyéndola sin causa alguna de la sucesión.

1.2. Itinerario procesal seguido

Admitida a trámite la demanda por la vía del proceso de Conocimiento, conferido el respectivo traslado y habiendo transcurrido el plazo respectivo sin que la demandada haya contestado la demanda, el juez declaró su rebeldía Saneado el Proceso, requiriendo a las partes para que propongan puntos controvertidos; la demandada se apersona al proceso, deduciendo a la vez la nulidad de todo lo actuado, por lo que se le tiene por apersonada y se corre traslado de la nulidad deducida, absuelto el mismo, es declarada improcedente, la solicitud formulada por la demanda para la intervención litisconsorcial de doña Cecilia Milena Morón Gaultier, la que apelada es concedida sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida, se fijaron los puntos controvertidos, admitiéndose los medios probatorios ofrecidos por la demandante, los que siendo solo documentales no se requiere de actuación en audiencia por lo que el juzgado dispuso el juzgamiento anticipado del proceso, quedando los autos expeditos para ser sentenciados dentro del plazo que fija la vencido el término de los alegatos, el juez procede a expedir sentencia.

1.3. Pretensiones de las partes

La parte demandante es la inclusión como heredera de su padre, en razón que a su fallecimiento se declaró como su heredero únicamente a la demandada.

1.4. Decisión (fallo) que toma la judicatura

El Juez, FALLO: declarando FUNDADA la pretensión en consecuencia, DECLARO que la demandante es heredera de don David José María Morón Núñez, fallecido en ésta Capital, conjuntamente con ISABEL DEL CARMEN GAULTIER AGUILERA, con quien concurre además en la propiedad de los bienes de la herencia, dentro de los cuales se incluyen el departamento N° 301 de la avenida El Corregidor N°1304 (antes avenida 3, Lote 43 de la manzana "A", Urbanización Sirios, Primera Etapa), y el Estacionamiento “A” primer piso con frente a la misma avenida, distrito de La Molina, con costas y costos.

1.5. Motivación jurídica

De la demanda:

Artículos 6640, 8150, 8160, 218v del Código Civil.

De la demandada: no presenta, fue declarada rebelde.

De la judicatura:

“Artículo 196° del Código Procesal Civil, la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos, salvo disposición legal diferente”.

“Artículos 815 y 816 del Código Sustantivo”.

“816 del Código Civil, dispone, son herederos del primer orden los hijos y demás descendientes”.

“Artículo 818 del Código Civil, todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres”.

“Artículo 664° del Código Civil, el derecho de petición de herencia corresponde también a quien ha sido preterido en sus derechos sucesorios en declaración judicial”.

“El numeral 196, 660°, 6640, del Código adjetivo”.

II. Parte critica

2.1. Contexto jurídico del caso

El proceso iniciado por la demandante se ubica dentro de lo que “expresa el artículo 2º, inciso 26 de la Constitución Política del Estado de 1993 que *Toda persona tiene derecho a la propiedad y la herencia.*

2.2. Relevancia de la Sentencia: su importancia y sus repercusiones

La sentencia es relevante, “tanto, lo que califica a la acción petitoria de herencia es que la demanda se funda en el título de heredero.

La calidad de heredero es entonces presupuesto para el amparo de la demanda, empero, no constituye requisito de procedibilidad.

2.3. Análisis de la resolución del problema jurídico en la complementariedad

El caso en comentario, la judicatura Fallo, dentro del contexto legal e incluso por la naturaleza del mismo no hay aspectos probatorios y declara, FUNDADA la pretensión contenida en la demanda.

La transmisión sucesoria se produce en el instante mismo del fallecimiento del causante, el aspecto jurídico se relaciona con el aspecto económico en el sentido de la traslación del derecho patrimonial al heredero, el caso en comentario se evidencia la ventaja económica que quiso sacar la accionada haciéndose declarar como heredera universal y desconociendo y hasta ocultando la existencia de la hija, el juzgador aplicando el derecho decide, que ambas son sucesores, y ambas le pertenece ser herederas de todos los bienes que componen la herencia, aunque fueran incapaces o ignorasen que la herencia les ha sido deferida.

“En el fundamento económico de la sucesión es un incentivo para la producción de la riqueza en la organización familiar, siendo que el concepto conocido, es en virtud del cual el derecho de los herederos no solo en la relación de parentesco con el causante

sino también en la de necesidad que le ampara cuando carece de fortuna”, (Lanatta, 1969, pág. 76).

1.3.1.3. Sentencia en Exp. N°18892-2013-0-1801-JR-C1-19. Caso: Resolución de petición y/o exclusión de herencia

I. Parte descriptiva

1.1. Hechos en que consiste el caso.

FANNY PILLACA BAQUERIZO de YTO, interpone demanda de PETICIÓN DE HERENCIA, dirigiendo la misma contra, HARUMI MILAGROS YTO SABRERA, para que se declare, la actora, heredera de su finado esposo, JOSÉ EMILIO YTO VERNAL, y concurrir en la herencia dejada por éste, consistente en la suma de dinero que tenía el causante como titular de una cuenta individual de capitalización en la AFP Horizonte, debiéndose disponer se le entregue el porcentaje de 75% que le corresponde como cónyuge supérstite.

1.2. Itinerario procesal seguido

El juez, admite a trámite la demanda, corre traslado a la parte demandante, se apersona al proceso la demandada, contestando la demanda solicitando que la misma sea declarada infundada, formulando a la vez reconvención para que concorra conjuntamente con la actora, en la herencia de su difunto padre.

Se tiene por contestada la demanda y se corre traslado de la reconvención, absuelta, se declara saneado el proceso, requiriendo a las partes propongan los puntos controvertidos, se fijan los puntos controvertidos y se admiten los medios probatorios ofrecidos por las partes, tanto para las pretensiones de la demanda como de la reconvención, los cuales siendo sólo documentales se dispuso el juzgamiento anticipado del proceso, habiéndose vencido el término de los alegatos y sin pedido de informe oral, estando expedita la causa para ser resuelta, el juez procede a expedir la que corresponde.

1.3. Pretensiones de las partes

La parte demandante, como pretensión principal la petición de herencia, respecto de la sucesión de don José Emilio Yto Vernal.

La pretensión de la reconviniente, concurra conjuntamente con la actora, en la herencia de su difunto padre, consistente en el inmueble ubicado en la Asociación de Vivienda "Villa de Jesús", manzana "XIV", Lote 3, Villa El Salvador, Lima.

1.4. Decisión (fallo) que toma la judicatura

El juez, FALLO: declarando FUNDADA en parte la pretensión contenida en la demanda, DECLARO que doña FANNY PILLACA BAQUERIZO de YTO, es heredera del causante don JOSE EMILIO YTO VERNAL conjuntamente con HARUMI MILAGROS YTO SABRERA, con quienes concurre en la propiedad de los bienes de la herencia, debiéndose inscribir su condición de heredera.

IMPROCEDENTE en cuanto se ordene se le pague el 75% de la cuenta individual de capitalización en la AFF Horizonte que tenía el causante; e INFUNDADA la pretensión contenida en la reconvención formulada por doña HARUMI MILAGROS YTO SABRERA; y, habiendo tenido ambas partes razones para litigar, corresponde exonerarlas del pago de las costas y costos del proceso.

1.5. Motivación jurídica

De la demanda: No se describe en la sentencia.

De la demandada: No se describe en la sentencia.

De la judicatura:

“El artículo 196° del Código Procesal Civil, la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos. Salvo disposición legal diferente”.

“Artículo 816 del Código Civil son herederos del primer orden los hijos y demás

descendientes, del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge, siendo que este también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo”.

“Artículo 664 del Código Civil, el derecho de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen, y se dirige contra quien los posea en todo o parte a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él, pudiendo acumularse la pretensión de declaración de heredero tal como está estipulado en el segundo párrafo del mismo artículo”.

II. Parte crítica

2.1. Contexto jurídico del caso

Previo al análisis de la petición de herencia en nuestro Derecho, consideramos de interés hacer una referencia al Derecho romano, en donde se elaboraron los principios que rigen esta materia, y que ha sido fuente de nuestro codificador.

La petición de herencia es invocando el Código Civil peruano señala que en su Artículo 664 que “el derecho de **petición de herencia** corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen y se dirige contra quien los posea en todo o en parte a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él”. También derechos sucesorios.

2.2. Relevancia de la Sentencia: su importancia y sus repercusiones

“El juzgador es un creador de Derecho en nuestro sistema romano-germánico porque aplica al caso concreto y lleno de matices, una norma abstracta y generalizadora, en este caso una sentencia es relevante porque acrecienta la jurisprudencia tiene importancia porque es una fuente del Derecho que crea contenidos jurídicos para casos futuros análogos” (Rubio, 2003)

2.3. Análisis de la resolución del problema jurídico desde la complementariedad

La demanda constituye un acto procesal destinado a solicitar tutela jurisdiccional efectiva, respecto a la pretensión que en ella se detalle, para lo cual, antes de emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, el juzgador verifica si para quien solicita tutela le es

imprescindible la intervención del órgano jurisdiccional, cuanto la evaluación de esas condiciones le permitió dictar una sentencia sobre el fondo que responda a la cuestión principal del proceso.

En este aspecto el juez motivo su sentencia basados en el derecho, de esa dualidad de forma-sustancia, utilizo el argumento como herramienta que le facilite el análisis de los argumentos de las partes, pero de ninguna manera utilizando figuras microeconómicas, el juzgador tuvo muy en cuenta el contraste entre las partes materia de discusión.

1.3.1.4. Sentencia en Exp.N°20330-2010. Caso: Resolución nulidad de acto jurídico

I. Parte descriptiva

1.1. Hechos en que consiste el caso.

Don Miguel Ángel Condori Vargas interpone “demanda de Nulidad de Acto Jurídico en proceso de conocimiento” contra doña Lorena Rosana Bastidas Huaytalla y don Jaime Huallanca Cuya para que se declare la “Nulidad del acto jurídico” de inscripción del nacimiento de la menor Kimberly Brisseyda Condori Bastidas.

1.2. Itinerario procesal seguido

Admitida la demanda a trámite, corren traslado de la misma, se declaró “la rebeldía de los demandados” y por ende saneado el proceso y se le concedió a las partes el termino de ley a efecto de que procedan a determinar sus puntos controvertidos, se admitieron s medos probatorios respectivos y se dictó el Juzgamiento Anticipado del proceso se incorporó como Litis consorte necesario de la demandada, se incorporó como medio probatorio de oficio el mérito de la prueba de ADN de fojas setenta y dos; que por resolución de fojas doscientos setenta y nueve se dispuso la remisión de los presentes autos al Centro de la Distribución General para su redistribución a otro Juzgado Civil y por resolución de fojas doscientos ochenta y uno los mismos fueron recepcionados por el Juzgado Civil y por resolución de fojas trescientos treinta y cuatro se señaló fecha para el informe oral respectivo, por lo que es evidente de que la causa ha quedado expedita para sentenciar y este Juzgado procede a dictar la que corresponde.

1.3. Pretensiones de las partes

El accionante tiene como pretensión de declare la “Nulidad del acto jurídico” de inscripción del nacimiento de la menor Kimberly Brisseyda Condori Bastidas.

La accionada, fue declarada en rebeldía.

1.4. Decisión (fallo) que toma la judicatura

La judicatura, FALLO: Declarando FUNDADA la demanda interpuesta por don Miguel Ángel Condori Vargas y en consecuencia se declara Nula la partida de nacimiento, con costas y costos del proceso.

1.5. Motivación jurídica

De la demanda: “artículos 73, 140 incisos 2 y 3, 219 incisos 3, 4, 6, 7 y artículo 220 del Código Civil y artículos 424, 425 y 475 del Código Procesal Civil”.

De la demandada: No presenta, fue declarada en rebeldía.

De la judicatura: “El artículo 25 del Código Civil” por lo que resulta evidente de que toda persona debe de contar solo con una partida de nacimiento para acreditar tanto su existencia como ser humano y su nombre.

Inciso 3 del artículo 219 del Código Civil debe declararse la nulidad de la partida.

“Artículo ciento noventa y seis del Código Procesal Civil, la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

El artículo ciento ochenta y ocho del Código Acotado, establece además “que los medios probatorios tienen por finalidad la de acreditar los hechos expuestos por las partes, con el objeto de producir certeza en el Juzgador respecto de los puntos controvertidos y así poder fundamentar sus decisiones”.

“Artículo 87 del Código Procesal Civil, ya que al haberse declarado la nulidad del acto jurídico ello conlleva intrínsecamente la nulidad de su inscripción respectiva en aplicación

del artículo 73 del Código Civil”.

“Artículo 219 inciso 4° y 220 del Código Civil y artículo 196 del Código Procesal Civil”.

II. Parte crítica

2.1. Relevancia de la Sentencia: su importancia y sus repercusiones

Las sentencias de término constituyen las decisiones jurisdiccionales más importantes que el juzgador emite, desde un punto de vista jurídico, teniendo en cuenta que tales decisiones determinan el sentido y alcance de valores y principios constitucionales los cuales recaen en el debido proceso que modelan y determinan el contenido de la norma, por lo tanto este aspecto procesal puso término a un conflicto jurídico, declarándose nula la inscripción de dicha partida, no teniendo las partes la posibilidad de ser impugnada ni rectificada dentro del sistema jurídico interno, ni la posibilidad de superar interpretaciones por la naturaleza misma del hecho jurídico.

2.2. Análisis de la resolución del problema jurídico.

El problema jurídico se suscita por el engaño de la accionada, aspecto que el accionado al descubrir el engaño pidió tutela jurisdiccional efectiva, en este contexto el juez ampara la demanda y declara en su decisión final la nulidad del acto jurídico, para lo cual el juez aplico la fuente del derecho que es la ley sin tener ningún otro acto de interpretación, existiendo la debida correlación entre los hechos y la solución adoptada.

1.3.1.5. Sentencia en Exp. N°040162015. Caso: Resolución nulidad de acto jurídico

I. Parte descriptiva

1.1. Hechos en que consiste el caso.

Rent Crushers EIRL representada por Carlos Sarmiento Gonzáles interpone en vía de proceso de conocimiento demanda de Nulidad del Acuerdo Conciliatorio NO 352-2014 celebrado entre su representada y la firma Nuevas Industrias Técnicas SAC (antes Consorcio Ana) mediante el cual se obligaron al pago de S/. 30,000.00 nuevos soles por la causal de intimidación, ya que solo contiene la propuesta del solicitante, lo que evidencia la intimidación con la actuó para obtener dicho acuerdo, ya que la demandada le indico que la

única forma de entregarle a su persona unos equipos de chancado eléctricos de su propiedad era a través de una conciliación sin enviarle ninguna citación para ello.

1.2. Itinerario procesal seguido

La demandante interpone en vía de proceso de conocimiento demanda de Nulidad del Acuerdo Conciliatorio, la demanda es declarada inadmisibile, subsanada la demanda, cumpliéndose los aspectos procesales propios del proceso de conocimiento el juzgador emite su Fallo respectivo.

1.3. Pretensiones de las partes

La parte accionante, en vía de proceso de conocimiento demanda de Nulidad del Acuerdo Conciliatorio NO 352-2014 celebrado entre su representada y la firma Nuevas Industrias Técnicas SAC.

La parte accionada, el juzgador la declaró en rebeldía.

1.4. Decisión (fallo) que toma la judicatura

La judicatura, FALLO: Declarando INFUNDADA la demanda sobre Nulidad del Acuerdo Conciliatorio NO 352 -2014 interpuesta por la empresa Rent Crushers EIRL contra la firma Nuevas Industrias Técnicas SAC; con costas y costos del proceso.

1.5. Motivación jurídica

De la demanda: refiriere que dicho acto jurídico es nulo por encontrarse incurso en la causal de “nulidad del inciso 2 del artículo 221 del Código Civil” ya que ha sido realizado mediando intimidación por parte de la emplazada hacia su persona y también en la causal prevista en el “artículo 16 de la Ley de Conciliación 26872”

De la demandada: No se advierte en la resolución.

De la judicatura:

El acto jurídico es nulo por encontrarse incurso en la causal de nulidad del “inciso 2 del artículo 221 del Código Civil”, ya que ha sido realizado mediando intimidación por parte

de la emplazada hacia su persona y también en la causal prevista en el “artículo 16 de la Ley de Conciliación 26872”.

Artículo 16 de la Ley de Conciliación NO 26872, debe de tenerse en cuenta de que la parte actora no ha actuado medio probatoria alguno tendiente a acreditar que hubiere celebrado el acto jurídico como consecuencia de intimidación.

II. Parte critica

2.1. Análisis de la resolución del problema jurídico.

La resolución del problema jurídico, está fundamentada en el aspecto legal, el juez para emitir una solución justa, afirmo que el documento que expresa la manifestación de voluntad de las partes en la conciliación extrajudicial, no se evidencia, ni hay nada que pruebe los hechos que afirma la accionante.

1.3.2.6. Sentencia en Exp. N°38270- 2008. Caso: nulidad de acto jurídico

I. Parte descriptiva

1.1. Hechos en que consiste el caso.

La Asociación de Comerciantes 14 de mayo Las Malvinas representada por su presidente don Arturo Rojas Carbajal interpone en proceso de conocimiento demanda de “Nulidad del Acto Jurídico” contenido en el Acta de Subasta Pública NO 001-2008-FONAFE con respecto del inmueble sito en la Avenida Argentina NO 460, calle Acomayo y Sucre del Cercado de Lima.

1.2. Itinerario procesal seguido

Que admitida la demanda a trámite, corren el traslado de ley procedió la demanda a contestar la misma negándola y contradiciéndola en los términos, se declararon infundadas las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa, de falta de legitimidad para obrar del demandante y de falta de legitimidad para obrar del demandado y por ende saneado el proceso y se le concedió a las partes el termino de ley a efecto de que fijen

sus puntos controvertidos, se admitieron los medios probatorios pertinentes, los mismos que fueron materia de actuación de la Audiencia de Prueba, habiendo quedado la causa expedita para sentenciar.

1.3. Pretensiones de las partes

La parte demandante, persigue la “Nulidad del acto jurídico” por las causales de objeto jurídicamente imposible y por ser contrario a las normas que interesan al orden público y a las buenas costumbres.

La parte demandada, procedió a contestar la misma negándola y contradiciéndola en los términos.

1.4. Decisión (fallo) que toma la judicatura

El juez, FALLO: Declarando INFUNDADA la demanda de fojas cuarenta y ocho subsanada a fojas sesenta y seis, interpuesta por la Asociación de Comerciantes 14 de mayo Las Malvinas representada por don Arturo Rojas Carbajal contra el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado FONAFE y la empresa RTM Inversiones SAC sobre Nulidad de Acto Jurídico; con costas y costos del proceso.

1.5. Motivación jurídica

De la demanda: amparan su demanda en “los artículos 425, 424 y 480 del Código Procesal Civil”, “219, incisos 3 y 8 del Código Civil y artículo V del Título Preliminar” del referido Código, en la Ley 28678, Ley 27170 y en el inciso 16 del artículo 23 de la Constitución Política del Estado.

De la demandada: no se advierte en la resolución.

De la judicatura:

Artículo 196 del Código Procesal Civil la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos y el artículo 188 del mencionado cuerpo de leyes,

establece además que los medios probatorios tienen por finalidad la de acreditar los hechos expuestos por las partes, con el objeto de producir certeza en el juzgador respecto de los puntos controvertidos y así poder fundamentar sus decisiones.

Que la nulidad de la referida acta de Subasta Pública se ampara en los incisos 3 y 8 del artículo 219 del código civil, los mismos que están referidos a las causales de objeto física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable o cuando el acto jurídico sea contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

2.3.2.2.7. Sentencia en Exp. N°34554-2014-0-1801-JR-CI-24. Caso. Indemnización

I. Parte descriptiva

1.1. Hechos en que consiste el caso.

“El demandante, interpone demanda de INDEMNIZACIÓN contra Crediscotia Financiera S.A, la demandada cuya pretensión es el pago de S/. 1'60000000 (UN MILLÓN SEISCIENTOS MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES) por daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona”.

1.2. Itinerario procesal seguido

“Se admite a trámite la demanda, en la vía procedimental del Proceso de Conocimiento, poniéndose en conocimiento de la demandada, la demandada contesta la demanda señalando que no existe conducta antijurídica, pues el consumo se realizó y la deuda existía, siendo su obligación legal reportar a la Central de Riesgos, que no se ha probado el daño y que se ha fracturado el nexo causal pues el daño serio imputable a un tercero, se sigue con los aspectos procesales propios y se declara saneado el proceso, se fijan los puntos controvertidos, se califican los medios probatorios, y llega el momento de que el juez dicte sentencia, siendo el caso que el juzgador procede a expedirla”.

1.3. Pretensiones de las partes

“**La demandante**, interpone demanda de INDEMNIZACIÓN contra Crediscotia Financiera, se admite a trámite la demanda, en la vía procedimental del Proceso de Conocimiento, poniéndose en conocimiento de la demandada”.

“**La demandada**, contesta la demanda negándola en todos sus extremos”.

Siendo la controversia

- a) Determinar el hecho generador del daño
- b) Determinar si la demandada ha causado daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona al demandante 11 dxc) Determinar la relación de causalidad y d) Determinar si el monto de los daños y perjuicios asciende a S/1'600,000.00 (UN MILLÓN SEISCIENTOS MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES).

1.4. Decisión (fallo) que toma la judicatura

El juzgador declara INFUNDADA en todos sus extremos la demanda, con costas y costos.

1.5. Motivación jurídica

De la demanda: Invoca como fundamentos de derecho los artículos 1969, 1318, 1321 y 1322 del Código Civil.

De la demandada: no hace alusión a la norma

De la judicatura: el artículo 196 del Código Procesal Civil, "salvo disposición legal diferente la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando hechos nuevos.

El artículo 197 del Código acotado, "todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión"

El artículo 1321 del Código Civil, "Queda sujeto a la indemnización de daños y quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve".

Teniendo en cuenta que el demandante no ha demostrado con medio probatorio alguno que la demandada le haya causado algún daño a su salud o a su integridad física y psíquica la pretensión indemnizatoria por daño a la persona debe desestimarse por improbada, de conformidad con el "artículo 200 del Código Procesal Civil".

CAPÍTULO 2: TOMA DE POSTURA

2.1. Análisis e interpretación de la información

Con respecto a la tónica en estudio, teniendo en cuenta las posturas académicas, crítica y análisis de los diferentes autores, las respuestas de los magistrados, en lo referente al alcance de los magistrados se analizará en el ítem posterior y en este los relacionados a los aspectos que suman y tienen relevancia doctrinaria, en este aspecto se evidencia que existe marcada postura convergente y otras divergentes en referencia al análisis económico del derecho y al derecho y la economía, dejan sentada su posición en defensa del derecho y la economía como complementariedad, diferentes estudiosos entre ellos: Alberto Stewart Balbuena, Serrano Moya Edgard David, Acosta Iparraguirre Vicente, María A. Camacho Zegarra, Mario Castillo Freyre, Paloma Duran y Lalaguna, defienden de manera intrínseca y extrínseca la economía y derecho, como dos ciencias que se completan y hacen más unidas que separadas.

Marcando su posición que esta dista del análisis económico del derecho, en tanto, Alfredo Bullard Gonzales, Robert Cooter y Thomas Ulen, Steven Shavell, José Ramón Cossío Díaz, Adriana García García y Dick Zavala Rubach, Richard Posner, Pierluigi Chiassoni, Andrés Roemer, Nuria Quero Aragón, exponen su corriente de pensamiento basado en el análisis económico del derecho, sin embargo presentan al lector un estudio de “*derecho y economía*” generándose una marcada confusión entre lo que es derecho y economía y el análisis económico del derecho.

De acuerdo a la postura de los diferentes autores, doctrinarios podemos decir y afirmar que el análisis económico del derecho pertenece a un sistema jurídico diferente al nuestro, por lo tanto de manera unívoca hay doctrina que respalda esta postura en la cual sostenemos que el derecho y la economía se puede aplicar complementariamente, aspecto que se afianza al aplicar el instrumento metodológico en la indagación a los magistrados sobre el referente en estudio, resaltando que quienes defienden el análisis económico del derecho lo hacen en base a paradigmas que no pertenecen a nuestro contexto y se alejan de nuestra realidad, nosotros consideramos que el derecho no es una

isla que tiene vida, como diría Mario Alzamora Valdez, “*el derecho es la vida misma regida por normas que encarnan valores*” en este contexto alejarnos de su razón de ser y sustituir los principios del derecho que le dan esencia existencial por la economía, no complementándola sino sustituyéndola, es ubicarnos en realidades de otros espacios, y negarnos lo que hemos escogido queriendo ser seudos economistas, todos estos aspectos los acrecentaremos más adelante, con base teórica, doctrinaria y con la percepción de los magistrados del Distrito Judicial de Lima.

De esta manera se puede advertir que la doctrina respalda esta postura, en este orden de ideas el derecho y la economía se complementan, más de fructifican unidas que separadas, y ambas al complementarse de ninguna manera son sinónimo de análisis económico del derecho, aspectos que se corroboran en el análisis de las resoluciones emitidas por los jueces de los diferentes juzgados civiles del Distrito Judicial de Lima, por lo que en el cuerpo y desarrollo de la presente dejamos sentada nuestra postura.

2.1.1. Análisis e interpretación de la información con respecto a la percepción de los magistrados del Distrito Judicial de Lima

Con la finalidad de demostrar la complementariedad entre el derecho y la economía, sin dar un cambio al aspecto metodológico, se ha realizado una encuesta a los magistrados del Distrito Judicial de Lima; mediante esta encuesta recojo de primera fuente los puntos de vista de los magistrados con respecto al tópico en estudio, cuyos aspectos se materializan de acuerdo a cada pregunta que se les formula, de lo que se desprende los siguientes resultados:

1. ¿EN LOS FALLOS JURISDICCIONALES ES NECESARIO TENER EN CUENTA LA ECONOMÍA?

ALTERNATIVAS	Fi	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	12	70.58%
DE ACUERDO	2	11.76%
INDIFERENTE	2	11.76%
EN DESACUERDO	1	5.88%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0%
TOTAL	17	100%

FUENTE: Propia entrevista a magistrados de los juzgados civiles del Distrito Judicial de Lima 2016.

INTERPRETACIÓN

De los resultados materia de la interpretación se afirma como producto de la respuesta misma, que según los magistrados encuestados es necesario tener en cuenta la economía en sus fallos jurisdiccionales, claro está, ellos son magistrados, como diría Eduardo Couture, pero no dejan de ser abogados, con la diferencia que ellos no tienen licencia para equivocarse y son los que deben mantener la vigencia de los valores jurídicos de acuerdo a las necesidades de la evolución sin violar formalmente la ley, en este sentido los magistrados tienen en cuenta la economía, que implícitamente es un complemento al derecho pero que de ninguna manera sustituyen al derecho.

Si se tiene en cuenta lo que sostiene Ramírez, en su tesis doctoral (Ramírez, 2011, pág. 6) Derecho y economía de la transparencia judicial, *“la justicia, su relevancia para el desarrollo de la sociedad, los males que la aquejan y la necesidad de su reforma, son temas que en los últimos cincuenta años han cobrado especial relevancia no solo en el*

ámbito académico sino también en los esfuerzos internacionales para la cooperación y el desarrollo de las naciones” y si tenemos en cuenta lo expresado, la intención recae en quienes son los que, con sus fallos judiciales, se pronuncian en nombre del derecho.

Sostiene Puy, *“la eficiencia judicial es uno de los valores positivos más estimados, nada tiene de extraño que busque la eficiencia judicial quien aspira a la excelencia judicial por la vía de agilización de la justicia”* (Puy M, 2005., pág. 217), es aceptable y claro está el punto de vista, sin embargo, una decisión judicial que fuese arbitraria, irrazonada o razonable no estaría fundada en la justicia, por mucha eficiencia que se busque materializar, porque ser eficiente e injusto entonces no tendría razón el derecho, no estaríamos lejos de los robots lawyers, o los robot judges, que se alimenta una máquina con información de la acumula de leyes y resuelve.

Por lo tanto debe tenerse en presente que el fallo judicial es el apartado final de una sentencia en la que el juez resuelve el objeto del pleito planteado y especifica la decisión tomada y las consecuencias de la misma para las partes litigantes.

Tal como sostiene Prieto *“el fallo judicial es un pronunciamiento de fondo, siempre que recurran los presupuestos procesales, con arreglo al derecho objetivo motivado y congruente”*. (Prieto S, 1996, pág. 194)

De acuerdo a este orden de ideas, ante la interrogante planteada a los magistrados del Distrito Judicial de Lima, se les preguntó, ¿en los fallos jurisdiccionales es necesario tener en cuenta la economía? a esta pregunta y de acuerdo con la información recaudada se pudo observar que un 70.58% de los encuestados se encuentra totalmente de acuerdo en tener en cuenta la economía para la determinación de los fallos jurisdiccionales, a su vez, se pudo observar que un 11.76% se encuentra de acuerdo y considera que es importante tener en cuenta la economía; también se pudo observar que un 11.76% es indiferente ante la interrogante, finalmente se observó que un 5.88% está en desacuerdo.

Analizando la información, se aprecia que efectivamente casi la totalidad de los encuestados considera que existe la necesidad de tener en cuenta la economía para dictar los fallos jurisdiccionales, por lo que tácitamente se está materializando la complementariedad entre el derecho y la economía.

Cabe señalar que la pregunta no se refería en ningún aspecto al Análisis Económico del Derecho, como sí lo utilizan en aplicación a fallos judiciales, como sostiene Krause (2006), en lo que se evidencie la confusión con el derecho y la economía, en nuestro caso, estrictamente, la interrogante es directa, si tienen en cuenta o no la economía al tomar una decisión jurisdiccional, pues es lógico pensar y tener en cuenta, lo que sostiene, Aparisi (2009. pag,33), *“el problema de la justicia, del derecho justo, requiere una comprensión global e incluso una conciencia habilitada para reflexionar, porque es evidente que cualquier jurista (juez, fiscal, secretario judicial, abogado), cumple la misión que la sociedad le ha confiado, lo debe hacer con justicia en aras de la justicia”*. Por ello, el magistrado no se encierra en el dogma ni aplica solo la norma, es más que eso.



(F.1) FUENTE: Propia entrevista a magistrados de los juzgados civiles del Distrito judicial de Lima 2016.

2. ¿EL DERECHO Y LA ECONOMÍA SE COMPLEMENTAN?

ALTERNATIVAS	Fi	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	5	29.41%
DE ACUERDO	7	41.17%
INDIFERENTE	3	17.66%
EN DESACUERDO	2	11.76%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0%
TOTAL	17	100%

INTERPRETACIÓN

Si tenemos en cuenta en el siglo que nos toca vivir se requiere de herramientas que nos permitan dar nuestra apreciación de la realidad no de manera aislada en donde solo buscamos truncarnos o hacer más de ello un problema, pero tampoco se trata de subsumir o presentar como ciencia subalterna que en lugar de complementarse desaparezca, con esta investigación se pretende que los jueces, abogados, juristas, sepan reconocer los efectos de la economía en el régimen jurídico, en tanto los economistas el aspectos no solo normativo sino del derecho, en este aspecto nuestros jueces se pronuncian sobre tópicos propios del derecho privado, porque nuestro instrumento de investigación se aplicó a los jueces civiles, los resultados obtenidos nos corroboran lo prescrito por la doctrina, el juez no está exento de conocer la economía por lo tanto en su respuesta se evidencia tal postura, porque es evidente que ellos deben estar informados que toda decisión judicial tiene una implicancia e impacto económico entre las partes procesales y lo que es mas mucho de lo que los abogados y jueces hacen tienen entre otras implicancias las económicas.

En este sentido la economía y el derecho se completan, esto hace que eviten tomen decisiones equivocadas, tal como sostiene el maestro sanmarquino, (Stewart, 2012, pág.

48) *“se da la consistencia pentaelemental comparada entre el derecho y la economía, en la cual destaca los elementos comunes, así se tiene, el elemento antropológico: ser humano, el elemento sociológico: la sociedad, el elemento político: el Estado; elementos específicos, como el derecho y la economía, el elemento metodológico: la norma, la relación entre bienes y necesidades, el elemento teleoaxiológico: la justicia, el bienestar y, por último, los elementos condicionantes externos comunes que son el espacio y el tiempo precedente, trata de evidenciar como los tres primeros elementos de la consistencia pentaelemental del derecho y de la economía son comunes, como lo serían para todas las Ciencia Sociales. Asimismo, procura mostrar que los dos últimos elementos, es decir, los referidos al objetivo metodológico y a la finalidad axiológica, si bien son distintos en cada una de las ciencias comparadas, no significan que sean contradictorios, sino que lo son absolutamente complementarios”.*

El aspecto anterior desprende que el derecho y la economía se complementan como ciencias sociales, se interrelacionan, responden a puntos comunes, el derecho, la ley o normas para conservar el orden social, la economía como el estudio del modo en que la sociedad gestiona los recursos.

“Lo jurídico y lo económico en lugar de repelerse se complementan formando un bloque único, la vida social es la mezcla de una parte sustancial (economía) con una parte formal (derecho). El derecho y la economía configuran la vida social y así componen un único cuerpo” (Sierralta R, 1988, pág. 8), por lo tanto al revisar la información que presenta, la pregunta en la parte estadística y gráfica, se encuentra que está totalmente de acuerdo un 29.41% de los encuestados, que considera que existe una complementariedad entre el derecho y la economía, a su vez, se observa que los encuestados se encuentran de acuerdo en la existencia de la complementariedad entre el derecho y la economía en un 41.17%, no obstante, se pudo observar que un 17.66% se muestra indiferente, mientras que un 11.76% se encuentra en desacuerdo, totalizando así el 100% de la muestra.

Analizando la información, se aprecia que efectivamente casi la totalidad de los encuestados considera que existe la complementariedad entre el derecho y la economía.



(F.2) FUENTE: Propia entrevista a magistrados de los juzgados civiles del Distrito judicial de Lima 2016.

3. ¿SE HA SUPERADO EL Cisma ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA?

ALTERNATIVAS	Fi	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	5	29.41%
DE ACUERDO	7	41.17%
INDIFERENTE	3	17.66%
EN DESACUERDO	2	11.76%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0%
TOTAL	17	100%

INTERPRETACIÓN

Hasta antes de la Revolución Francesa, se notaba una disparidad, posteriormente va desapareciendo este pronunciado cisma, los magistrados por su formación misma no están ajenos a estos tópicos académicos, indagamos bajo la óptica de su percepción, de ese aspecto fundamental que nos redacta De Bono, *“La percepción es siempre una cuestión de elección, aun cuando la elección se haya hecho por nuestra experiencia o educación o la emoción del momento, el gran sofista Protágoras solo creía en la percepción, él mantenía que el mundo era según cada persona elegía verlo”* De Bono (2000, pág.19) en este contexto, las respuestas obedecen a la percepción de los magistrados que conforman los juzgados civiles.

Según el diccionario de ciencias jurídicas y políticas, cisma (2012. pág., 178) *“es la división o separación entre los individuos de un cuerpo o comunidad, discordia o desavenencia”*. Ante el estado de la cuestión, ya el maestro Stewart en su tesis doctoral se pronuncia y la intención es dirigir el estudio en la percepción de los magistrados.

En esta interrogante se mostró que un 41.17% está de acuerdo en que se ha superado el cisma entre el derecho y la economía, a su vez, un 29.41% se encuentra totalmente de acuerdo con la interrogante, mientras que un 17.64% se muestra indiferente; no obstante, se aprecia que un 11.76% se encuentra en desacuerdo, totalizando un 100% de los encuestados.

Al interpretar los datos anteriores, se aprecia según la parte porcentual que en la mayoría de los encuestados su respuesta fue afirmativa, ya que para ellos sí se ha superado el cisma entre el derecho y la economía, evidenciándose que el derecho y la economía no están en partes antagónicas, e incluso para reconcomer esta superación del cisma podemos empezar comprendiendo esta relación de complementariedad entre estas dos áreas del conocimiento, si nos fijamos en el cuerpo mismo de la tesis en lo referente a los actos jurídicos se complementa el derecho y la economía, en los actos jurídicos hay actos

económicos mediante los cuales las personas tratan de satisfacer sus necesidades, en donde la economía no basta para poner orden entre los hombres de ahí la razón fundamental del derecho.



(F.3) FUENTE: Propia entrevista a magistrados de los juzgados civiles del Distrito judicial de Lima 2016

4. ¿SE APLICA EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?

ALTERNATIVAS	Fi	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	0	0%
DE ACUERDO	1	5.89%
INDIFERENTE	3	17.64%
EN DESACUERDO	8	47.06%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	5	29.41%
TOTAL	17	100%

INTERPRETACIÓN

Ante esta pregunta tan directa si en nuestro sistema jurídico se aplica el análisis económico del derecho, se realizó esta interrogante bajo la imperiosa necesidad de recoger de la propia fuente esta respuesta, nos basamos en la afirmación que en cuyo título de un libro la divulga, “ *Análisis económico del derecho – aplicación a fallos judiciales*” este aspecto nos inquietó sumado a lo que, Bullard, sostiene “*lamentablemente, la influencia del AED en el Poder Judicial es virtualmente nula*” (Bullard G A. , 2009, pág. 29), si bien es cierto el derecho y la economía han trascendido y trascienden en la sociedad y deben analizarse en conjunto, están íntimamente ligados y mantienen una relación constante, sin embargo no es lo mismo que análisis económico del derecho, de acuerdo a esta investigación, en este sentido se le da la razón, no se equivocó en afirmarlo, son dos sistemas jurídicos diferentes, se confirma tal aseveración, esta confirmación obedece a la encuesta aplicada a los magistrados.

Si se revisa la tabla en la parte porcentual de la pregunta se aprecia que el 47.05% señala que se encuentra en desacuerdo, ya que según su percepción no se aplica en nuestro sistema jurídico el Análisis Económico del Derecho, a la vez, se muestra que un 29.41% se encuentra totalmente en desacuerdo con la pregunta, no obstante, se mostró indiferente un 17.64% y un 5.89% se encuentra de acuerdo, totalizando el 100% de los encuestados.

Al interpretar los datos anteriores, se aprecia según la parte porcentual que la mayoría a quienes se les preguntó si justifican dicha interrogante, su respuesta fue negativa, ya que según su percepción para ellos no se aplica en el sistema jurídico peruano el Análisis Económico del Derecho.



(F.4) FUENTE: Propia entrevista a magistrados de los juzgados civiles del Distrito judicial de Lima 2016.

5. ¿EXISTE RELACIÓN ENTRE LAS ÓRDENES ROMANISTAS Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?

ALTERNATIVAS	Fi	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	0	0%
DE ACUERDO	1	5.89%
INDIFERENTE	2	11.76%
EN DESACUERDO	9	52.94%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	5	29.41%
TOTAL	17	100%

INTERPRETACIÓN

En esta interrogantes los magistrados tienen muy en claro que no pertenecen a un sistema jurídico diferente al Derecho Romano Germánico, que si actuaran y resolvieran los casos bajo parámetros distintos caerían en el prevaricato, los resultados demuestran su actuar,

como sostiene Carnelutti, olvidarían ese puente entre lo económico y lo ético y en el sistema romano germánico no se obvia.

Con respecto a los resultados si se revisa la tabla en la parte porcentual de la pregunta se tiene que el 52.94% se encuentra en desacuerdo y señala que no existe relación entre las órdenes romanistas y el Análisis Económico del Derecho, a la vez, se aprecia que un 29.41% se encuentra totalmente en desacuerdo con la pregunta, no obstante, se mostró indiferente un 11.76% y un 5.88% se encuentra de acuerdo, totalizando el 100% de los encuestados.

Al interpretar los datos anteriores, se aprecia según la parte porcentual que la mayoría se encuentra en total desacuerdo con la interrogante sobre si existe una relación entre las órdenes romanistas y el Análisis Económico del Derecho, lo cual hace apreciar que no existe una relación entre ambas.



(F.5) FUENTE: Jueces del Distrito Judicial de Lima.

6. ¿EN EL SISTEMA GERMÁNICO ES POSIBLE LA COMPLEMENTARIEDAD ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA?

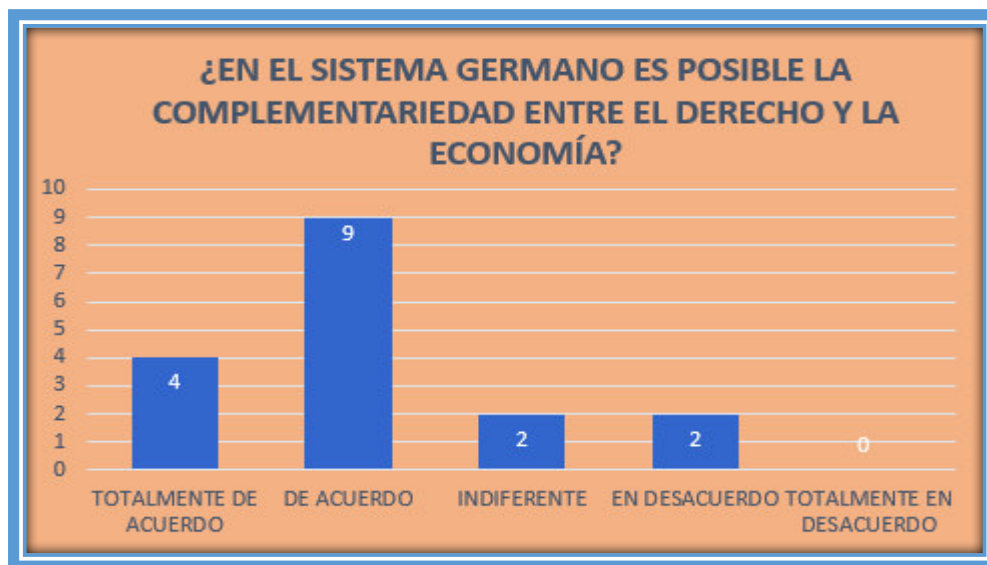
ALTERNATIVAS	Fi	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	4	23.54%
DE ACUERDO	9	52.94%
INDIFERENTE	2	11.76%
EN DESACUERDO	2	11.76%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0%
TOTAL	17	100%

INTERPRETACIÓN

Tal como se viene sosteniendo, el derecho y la economía se complementan, son dos ciencias que no pueden ni deben estar separadas, no solo en el aspecto jurídico, también en otros que componen el quehacer humano, tal como sostiene (Cortina, 2017, pág. 62) *“fomentar la ciudadanía económica, es decir, conseguir que los ciudadanos sean también protagonistas en las decisiones, sobre qué se produce, para quién y cómo”*. Como se puede apreciar, la complementariedad es tan importante para comprender lo que sucede en el mundo.

Si se revisa la tabla en la parte porcentual de la pregunta se tiene que el 52.94% señala que se encuentra de acuerdo y que existe una complementariedad recíproca entre el derecho y la economía, a la vez, se aprecia que un 23.54% se encuentra totalmente de acuerdo con la pregunta, no obstante, se mostró indiferente un 11.76% y un 11.76% se encuentra en desacuerdo, totalizando el 100% de los encuestados.

Al interpretar los datos anteriores, se aprecia según la parte porcentual que la mayoría mostró una respuesta positiva ante la pregunta y señaló que existe una complementariedad recíproca entre el derecho y la economía.



(F.6) FUENTE: Jueces del Distrito Judicial de Lima.

7. ¿CONSIDERA QUE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL SISTEMA ROMANO GERMÁNICO ESTÁN EN PLANOS TEÓRICOS DIFERENTES?

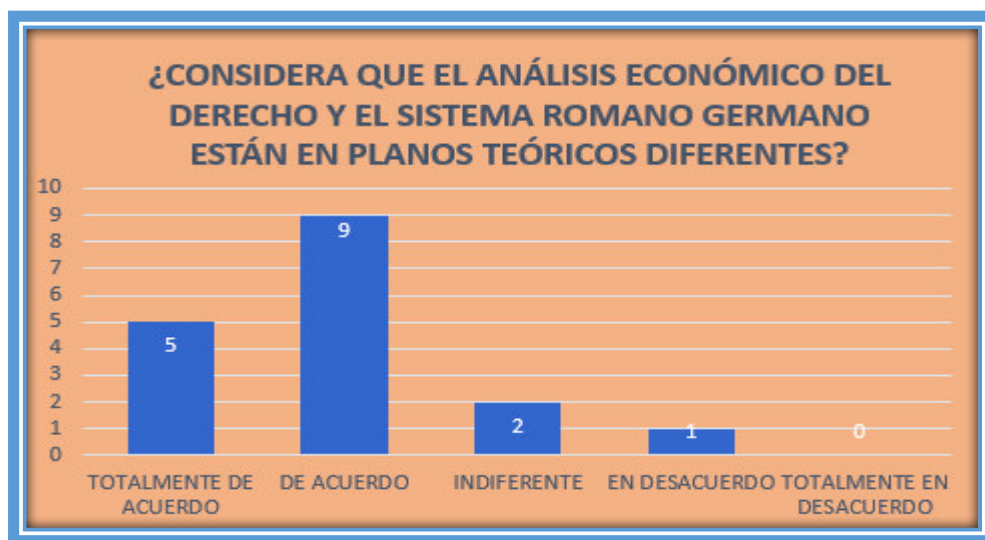
ALTERNATIVAS	Fi	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	5	29.41%
DE ACUERDO	9	52.94%
INDIFERENTE	2	11.77%
EN DESACUERDO	1	5.88%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0%
TOTAL	17	100%

INTERPRETACIÓN

Rene David y John Henry Merryman, nos ilustran de la importancia de los sistemas jurídicos, la familia romano -germánica, y la familia del common law, este último propio del derecho inglés, y el mismo Rene David nos dice (Rene, 1973, pág. 239) desde este contexto el su esfera de aplicación del derecho inglés es a Inglaterra y al país de Gales, según el propio Rene, siendo su existencia misma desde la conquista normanda, en tanto el sistema romano germánico, científicamente se sitúa en el siglo XIII, siendo que el imperio romano ha construido un sistema jurídico sin precedentes en el mundo, en donde se proponen dotar a los juristas de categorías, conceptos, y métodos que les orienten en la búsqueda de soluciones justas.

En este orden de ideas y muy seguras de su formación de los magistrados se les planteo el interrogante y como se puede observar los resultados que muestra la interrogante, se aprecia con bastante claridad en la parte porcentual que en un 52.94% los encuestados se encuentran de acuerdo en que el Análisis Económico del Derecho y el Sistema Romano Germánico se encuentran en planos diferentes, a la vez, se aprecia que un 29.41% se encuentra totalmente de acuerdo con el párrafo mencionado, sin embargo, un 11.77% se muestra indiferente, también se observó que un 5.88% se encuentra en desacuerdo, totalizando así el 100% de la muestra.

Al interpretar los datos anteriores, se aprecia según la parte porcentual que la gran mayoría considera que el Análisis Económico del Derecho y el Sistema Romano Germánico están en planos teóricos diferentes.



(F.7) FUENTE: Jueces del Distrito Judicial de Lima

8. ¿EL DERECHO ES EN ESENCIA LA VIDA MISMA REGIDA POR NORMAS QUE ENCARNAN VALORES?

ALTERNATIVAS	Fi	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	8	47.06%
DE ACUERDO	6	35.29%
INDIFERENTE	3	17.65%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0%
TOTAL	17	100%

INTERPRETACIÓN

En esta interrogante se aprecia que un 47.05% está totalmente de acuerdo en que el derecho es en esencia la vida misma y que se encuentra regida por normas que encarnan valores, a su vez, se pudo observar que un 35.29% se encuentra de acuerdo con la

interrogante, mientras que un 17.65% se muestra indiferente, totalizando un 100% de los encuestados.

Al interpretar los datos anteriores, se aprecia según la parte porcentual que la gran mayoría a quienes se les preguntó si el derecho es en esencia la vida misma, se obtuvo una respuesta afirmativa, dicha cantidad representa el 83% de los encuestados.



(F.8) FUENTE: Propia entrevista a magistrados de los juzgados civiles del Distrito judicial de Lima 2016.

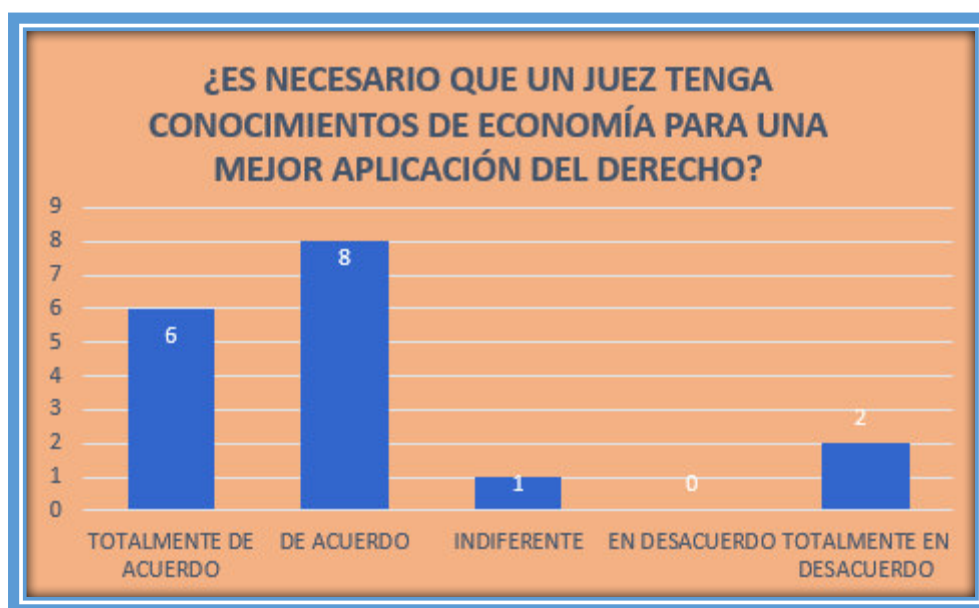
9. ¿ES NECESARIO QUE UN JUEZ TENGA CONOCIMIENTOS DE ECONOMÍA PARA UNA MEJOR APLICACIÓN DEL DERECHO?

ALTERNATIVAS	Fi	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	6	35.29%
DE ACUERDO	8	47.06%
INDIFERENTE	1	5.88%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	2	11.77%
TOTAL	17	100%

INTERPRETACIÓN

Si se revisa la tabla en la parte porcentual de la pregunta se tiene que el 35.39% se encuentra totalmente de acuerdo y señala que es necesario que un juez tenga conocimiento de economía para aplicarlo con mayor eficacia en sus decisiones en resoluciones de conflictos, a la vez, se muestra que un 47.05% se encuentra de acuerdo con la pregunta, no obstante, se mostró indiferente un 5.88%, y un 11.76% está totalmente en desacuerdo, completando el 100% de encuestados.

Al interpretar los datos anteriores, se aprecia según la parte porcentual que la mayoría (83%) a quien se le preguntó si es necesario que un juez tenga conocimiento de economía para aplicarlo con mayor eficacia en sus decisiones en la resolución de conflictos, se mostró de acuerdo con dicha interrogante, ya que es necesario para ser más eficaz en la resolución de conflictos.



(F.9) FUENTE: Propia entrevista a magistrados de los juzgados civiles del Distrito judicial de Lima 2016.

2.2. Presentación de la Propuesta de solución al problema. Postura personal con fundamento jurídico.

Para tomar postura no es de manera arbitraria, es la dimensión del ser humano en el desarrollo de sus competencias y capacidades, es analizar, evaluar y crear, por lo tanto, la postura tomada se fundamenta en la defensa de la complementariedad del derecho y la economía, siendo esta diferente en todo aspecto al análisis económico del derecho, por los siguientes aspectos que sumado a lo sostenido esbozamos, para superar la problemática planteada en esta investigación, así tenemos:

2.2.1. Percepción

El propio concepto típico es estudiado primeramente por la filosofía, en donde “a lo largo del tiempo, una determinada parte epistemológica de la filosofía se ha interesado por determinar cómo adquirimos conocimiento sobre el mundo, Platón pensaba que el alma es la que posibilita la percepción, mientras que Aristóteles otorgó un papel fundamental al funcionamiento de los sentidos y a la asociación de eventos e ideas, posteriormente, Descartes también enfatizó el papel del alma al hablar de la percepción, subestimando la función de los sentidos” consecutivamente el estudio se profundizó por la psicología, el término se usa de manera polisémica, algunos cotidianamente dicen *es tu percepción, así lo percibo* todo ello depende de la ordenación, clasificación, y elaboración de sistemas de categorías con los que se comparan los estímulos que el sujeto recibe, si tenemos en cuenta la definición de este tópico tiene varias acepciones, “*la percepción es un proceso mediante la cual obtenemos información de nuestro entorno por medio de los sentidos* (Ibañez, G/ Botella, M/, 2004, pág. 288) por lo que entender a la persona como mero receptor pasivo de recepciones olvida que la acción básica de la percepción es la dotación de significado de aquello que es percibido, en donde algunos pensadores han considerado que la percepción depende fundamentalmente de la naturaleza misma de nuestros sistemas perceptivos, mientras que otros han defendido que son las características de los estímulos las que determinan el modo en que ocurre la percepción”.

Una de las principales disciplinas que se ha encargado del estudio de la percepción ha sido la psicología, en este sentido “es el proceso cognitivo de la conciencia que consiste en el reconocimiento, interpretación y significación para la elaboración de juicios en torno a las sensaciones obtenidas del ambiente físico y social, en el que intervienen otros procesos psíquicos entre los que se encuentran el aprendizaje, la memoria y la simbolización, por lo tanto la percepción no es un proceso lineal de estímulo y respuesta sobre un sujeto pasivo, sino que, por el contrario, están de por medio una serie de procesos en constante interacción y donde el individuo y la sociedad tienen un papel activo en la conformación de percepciones particulares a cada grupo social, en este proceso están involucrados mecanismos vivenciales que implican tanto al ámbito consciente como al inconsciente de la psique humana, tiene ubicación espacial y temporal, depende de las circunstancias cambiantes y de la adquisición de experiencias novedosas que incorporen otros elementos a las estructuras perceptuales previas, modificándolas y adecuándolas a las condiciones”.

Por lo expresado se sintetiza en el concepto que la *“percepción es un proceso que se desarrolla en todos los seres humanos. Es vital para la supervivencia, ya que a través de ella él se relaciona con el mundo exterior. A razón de él aprende, se desarrolla y evoluciona como individuo tanto como sociedad”*, es un proceso que realiza el cerebro, este proceso consta del desarrollo de las capacidades del individuo las cuales se evidencian en acciones como, recibir, analizar, interpretar y almacenar los estímulos que recibe de los sentidos.

2.2.2. Administración de justicia

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial, reza textualmente la norma de mayor jerarquía, se materializa a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior, “la sociedad en general, los magistrados y

funcionarios judiciales en particular, reclaman continuamente una justicia más accesible, rápida y eficiente, que logre reconciliar la administración de justicia con la ciudadanía, en donde el ejercicio de establecer la cultura jurídica, debe darse en el contexto de la cultura política -valores, concepciones y actitudes que se orientan hacia el ámbito específicamente político, es decir, el conjunto de elementos que configuran la percepción subjetiva que tiene una población respecto del poder, la autoridad y las relaciones sociales, pero sin confundirlas” (La Constitución Política del Perú, 2007, pág. LANDA)

En este sentido creemos que la decisión de nuestros jueces es en base al sistema romano germánico del cual somos parte, por lo tanto, no pueden pronunciarse bajo el aspecto de metodologías que corresponden a contextos ajenos a nuestra realidad.

2.2.3. Aspectos generales del derecho Iuseconómico

El desarrollo de este aspecto tiene relevancia porque nos permite conocer con mayor exactitud los pormenores de la tónica en estudio, algunos doctrinarios, tocan esta temática incluso como el derecho y la economía, lo cual partir de esta indagación nos damos cuenta que no es así, las primeras investigaciones sobre el derecho económico se encuentran en los libros de cuentas de la época romana. Aparecen por primera vez las iniciales fuentes jurídicas con expresiones como “Codex” “tabulae” “accepti et expensi” “liber rationum” y “Volumina rationum”, entre otras.

El derecho económico tiene sus orígenes a partir de una organización social, como surge la economía a partir del estudio de las relaciones sociales y los modos de producción estudiando el comportamiento de los factores de producción, tierra, trabajo y capital.

Teniendo en cuenta el concepto más primigenio y etimológico se sostiene que, “*Aristóteles usó el termino Economía para dirigirse a la ciencia de leyes, de la*

administración doméstica” (Avila L, 2004, pág. 41). Por otro lado, se junta la economía y el derecho, a raíz de los primeros indicios del comercio, como una forma de regular y controlar la compra y venta de mercancías; los pioneros del comercio se dan en Mesopotamia, donde encontraron dificultades para negociar, tiempo después surge el mercantilismo y los primeros tratados comerciales entre las potencias europeas; el derecho económico es puro en tanto a las relaciones comerciales internacionales, aduanales, impuestos, surgen los primeros pagarés, notas de venta y los bancos, que es el derecho económico, y se mantienen vigentes hasta nuestros días, y aunque el mercado en principio se mantiene en equilibrio por la oferta y la demanda, en parte es regulado por el Estado con leyes, reglas y normas jurídicas que se deben, a priori, cumplir y respetar.

El "siglo XIX puso el marco para la eclosión del término que se atribuye a Pierre Joseph Proudhon”, citado por, (Stewart, 2012, pág. 65), para quien “*el derecho económico no es sino la expresión de una realidad más profunda de orden espiritual: la justicia*”.

Con respecto al derecho económico, se sostiene “*es más fácil crear un nuevo concepto que delimitar su contenido; el origen de lo que actualmente se entiende por derecho económico se encuentra en el desarrollo del denominado positivismo jurídico, en cuanto corriente del pensamiento centrada en la naturaleza del derecho que la hace consistir exclusivamente en la norma obligatoria vigente, a diferencia de la denominada dogmática jurídica, la cual apunta a los principios rectores de la creación y aplicación de la norma, más que a lo que rezase de manera exclusiva la regla escrita*” (Aimone G, 2014).

En esta tesis no se pretende ahondar en lo que es o significa el derecho económico, sin embargo, no se puede dejar de tener una idea, este no es de data reciente, e incluso se habla con mayor certeza en el derecho romano, “*la otra ventana de la curiosidad científica en Roma fue el derecho. Para entender el derecho de la realización romana en este terreno y la razón, por la cual, a diferencia de otros sistemas jurídicos, el*

derecho romano ha tenido una función en la historia del análisis económico” (Shumpeter, 2012., pág. 105).

Así mismo, el maestro Stewart da un concepto fundamentado de derecho económico *“Derecho Económico debería entenderse como el conjunto de normas jurídicas impuestas por el Estado a su propio accionar económico-político”* (Stewart, 2012, pág. 54), concepto que se tendrá en cuenta para este estudio.

Sostiene (Stewart, 2012, pág. 54) *“cabe resaltar que existen notables diferencias entre lo que es derecho económico, derecho de la economía y Análisis Económico del Derecho”*, aspecto que lo confirma (Sierralta R, 1988, pág. 263) en la complementariedad del derecho y la economía, no está presente esa ficción inventada por los economistas, al que Cohen en su libro *Homo economicus*, el profeta extraviado de los nuevos tiempos, *“le llama el homo economicus, el monstruo antropológico, que cuando el hombre moral abandona la sala entra el homo economicus, pero no se pueden sentar en la misma mesa”* (Cohen, 2013, pág. 28).

Como lo hemos expresado no es el propósito de la presente investigación realizar una indagación profunda sin embargo a manera de ilustración hacemos efecto multiplicador de las posturas de algunos doctrinarios así tenemos:

El derecho económico, sostiene Grau, citado por, (Sierralta R, 1988) *“es un orden jurídico que corresponde a una civilización en proceso de formación”*, así mismo, sostiene Torres, *“el derecho económico es una ciencia jurídica y la disciplina derecho y economía es una ciencia metajurídica”* (Torres V, 2008, pág. 167).

El derecho económico, *“es la rama especializada del derecho que está conformada por un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio de la actividad económica del Estado y de los particulares entre sí, orientada a los objetivos de la política económica, definida en un orden jurídico”* (Sierralta R, 1988, pág. 263).

En tanto si se tiene en cuenta *“la juseconomía es la instancia de todo complejo, el mercado, el individuo y la sociedad dotada de eficacia propia, que se manifiesta en una relación de causalidad, estructural, resultante de la interacción y, sobre todo, vinculación de lo jurídico con la instancia económica social”* (Sierralta R, 1988, pág. 178), a este orden de ideas, *“el Análisis Económico del Derecho es el estudio de las normas a la luz de la eficiencia mercantil, situando al hombre como sujeto que actúa bajo la racionalidad individual. Los valores humanos se relativizan a preferencias que buscan satisfacer necesidades económicas y materiales lejos de utopías nacionales y regionales”* (Vasquez, 1996., pág. 33).

“Los actores privados son motivados exclusivamente por el deseo de maximizar su propio interés económico, en donde el mercado constituye la premisa básica del Análisis Económico del Derecho, en el cual el derecho cumple dos funciones”, sostiene (Vasquez, 1996., pág. 15) por lo cual las funciones del derecho son:

Promover las condiciones necesarias para una transacción efectiva, por ejemplo, delimitando los derechos de propiedad, asegurando el cumplimiento de los contratos, previniendo el fraude y la injusticia. (Jueces y tribunales deben de maximizar la eficiencia mercantil a toda costa)

Corregir las fallas del mercado, removiendo obstáculos del intercambio de estilo de las leyes de la competencia y regulaciones estatales.

“El derecho económico no regula relaciones entre individuos, sino que surge como respuesta a una necesidad de contar con disposiciones jurídicas que contengan planes y programas de gobierno en materia de política económica; un instrumento que guíe y marque el rumbo en el desarrollo y crecimiento económico de un país; que corrija las desviaciones que de continuo y de manera natural genera el propio sistema capitalista, de ahí que los contenidos de este derecho sean económicos dentro de una estructura basada en principios generales del derecho” (Díaz L, 2014, pág. 50)

Ahora, si se tiene en cuenta el derecho económico en el Perú, (Stewart, 2012, pág. 56) *...es de data reciente, “correspondió a Ulises Montoya Alberti, en su tesis de bachiller en Derecho, publicada en 1966 por el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, el concepto del derecho económico se puede establecer como el conjunto de normas que condicionan la actividad estatal, tendientes a promover el desarrollo económico”* (Stewart, 2012, pág. 58), *cuyos preceptos regulan la intervención del Estado en la economía.*

2.2.4. Presencia de la economía y el derecho en el Antiguo Testamento

Como se puede advertir en la antigüedad, el aspecto económico era muy simple y primitivo, las ideas económicas no eran ajenas estaban enfocadas únicamente a la mejor forma de obtener los bienes para satisfacer las necesidades de la colectividad.

Cuando la sociedad primitiva fue evolucionando y las relaciones sociales de producción también fueron cambiando, el pensamiento económico se tuvo que transformar, como se ve reflejado sobre todo en el Antiguo Testamento de la Biblia, especialmente en los profetas” (Rodolfo Alcántara), aquí se va regulando, se empezó a concebir el no abuso, la economía con el derecho se van complementando, esto incluso se corrobora con “el punto de vista de los profetas y de todo el pensamiento hebreo, fue totalmente idealista, ya que pensaba en la venida del Mesías y al problema económico le daban un carácter religioso.

Las ideas económicas de los profetas recaen en expresar la división que existe entre ricos y pobres, estaban a favor de restringir los derechos de propiedad, los principios de la vida social deben ser la justicia y la piedad, se deben castigar los abusos del comercio y la usura, estuvieron en contra del embargo de ropa o de los útiles de trabajo de los deudores”

Se busca sostener la complementariedad entre derecho y economía, y en este contexto se busca el fundamento desde los inicios, en el mundo cristiano, sin prender ser de explicación religiosa, sin embargo se tiene en cuenta que *“el reino de Dios significa en la Biblia la transformación de este mundo también en su dimensión económica, la liberación de Egipto constituye el auténtico acontecimiento fundacional de Israel”* (Lohfink, 1986., págs. 112,124), aspecto que comparte Ricciardi en la Biblia latinoamericana, el «Éxodo» *“es la salida del país de la esclavitud hacia la tierra prometida, se convierte en el contenido de su credo”* (Dt. 26, 5-9). Esta confesión de fe termina diciendo que Dios condujo a su pueblo al bienestar, formulado bíblicamente: a una tierra que mana leche y miel.

Desde la creación misma se evidencia la complementariedad entre el derecho y la economía, si se tiene en cuenta el Libro de Génesis, Capítulo 2, versículo 7, *“brotó desde la tierra un manantial y regó toda la superficie, colocó al hombre sobre la tierra, para que cuide el edén”*, evidenciándose la economía y el derecho en el Antiguo Testamento, de manera clara expresa en dónde la naturaleza no puede ser tratada como una simple mercancía más entre otras, su uso debe ser racional y solidario; sin agua, la vida está amenazada, el agua es un derecho universal inalienable; el cómo se cuide el agua será una síntoma de ser fieles a nuestra vocación humana, el agua es un recurso, antes se creía renovable, ahora no, entonces ese líquido que brota del manantial y que surge con la creación hay que cuidarlo.

En el Antiguo Testamento no existe el distanciamiento del derecho con la economía, no existe lo que se denomina *“cisma”*, se cree *“en la necesidad de la lectura político-económica de la Biblia, y por tanto, también de la Biblia hebrea, que para los cristianos es el Antiguo Testamento”*, habla de *“la contribución de los dioses al crecimiento económico y al establecimiento de leyes y códigos, desplegó una mayor actividad comercial de lo que se suele pensar, y trata de demostrar, sobre todo, que dicha actividad estaba también regida por la oferta y la demanda”* (Zamora, 2005., pág. 3).

“Se sitúa así en contra de quienes creen que la actividad económica se basaba en la distribución monopolizada por la alianza palacio-templo, cuyo mejor ejemplo bíblico sería la política económica de Egipto, diseñada por José cuando es nombrado visir del faraón; la intervención de los templos en la política económica. No cabe duda de que los dioses eran consultados en cuestiones económicas. Los templos servían como depósitos de información geográfica de valor económico” (Zamora, 2005.)

En el Antiguo Testamento se dio una economía religioso-política, la concepción religioso-política del paganismo, y otra, *“la nueva economía instaurada por Cristo”* (Garín, 2000), también se da la presencia de la economía y el derecho en el Antiguo Testamento, e incluso a manera de casuística, Butterworth ilustra el caso de la viuda, en cuyo relato se da la relación entre el derecho y la economía, “en el Antiguo Testamento hay una historia que simboliza el caso de la angustiada viuda que fue donde el profeta Eliseo, (2 Reyes 4:1-7) tal como lo describe (Butterworth). *Ella había quedado en la miseria con la muerte de su esposo. Sus acreedores la acosaban y ella iba a perder el derecho de sus dos hijos, de acuerdo con la Ley Talmúdica, en donde él recoge principalmente las discusiones rabínicas sobre leyes judías, tradiciones, costumbres, narraciones y dichos, parábolas, historias y leyendas. Conocidos como la Ley Escrita, la Torá y el Talmud tienen su origen último en tradiciones orales por deuda. Ella clamó a Eliseo*”, y en efecto dijo: “mi marido ha muerto...y ha venido el acreedor para tomarse a mis dos hijos por siervos”. Eliseo dijo: “declárame qué bienes tienes en casa”. Ella contestó: “tu sierva ninguna cosa tiene en casa, sino una vasija de aceite”. ¿Se comprende? En este claro ejemplo se puede deducir la relación del derecho con la economía en el Antiguo Testamento, además de ello se dan los lamentos, el sufrimiento, la esclavitud, y después los líderes de la comunidad que viven ungidos por Dios luchan por sacar a su pueblo de la esclavitud, como sostiene Santa Coloma.

Otro caso ejemplificado de presencia de la economía y el derecho en el Antiguo Testamento, es el referente a *“Moisés, cuando en el desierto los israelitas hambrientos y sedientos se rebelaron contra él que los había sacado del Egipto de Ramsés II, para conducirlos a la tierra prometida que tenía reservada para ellos Jehová, su Dios, de*

quien obtiene la grabación de las llamadas Tablas de la Ley: el Decálogo, según se narra en el Éxodo, el segundo libro tanto de la Torá hebrea como del Pentateuco del Antiguo Testamento de la Biblia católica, Por lo menos en dos de sus diez normas, denominadas mandamientos, se evidencian relaciones del derecho con la economía: el noveno mandamiento prohíbe el robo, lo que implica la sustracción de algo ajeno, es decir, algo que alguien posee o sobre el cual ejerce dominio exclusivo; y el décimo estipula más específicamente: No codiciarás la casa de tu prójimo: no codiciarás la mujer de tu prójimo, ni su esclavo, ni su esclava, ni su buey, ni su asno, ni ninguna otra cosa que le pertenezca” (Stewart, 2012)

En la Biblia se enumera la riqueza del patriarca, menciona sus siervos, sus ganados, sus camellos, su plata y su oro, no sus tierras, nos dice (Leteliere, 1967, pág. 91) en los paisajes del Levítico del Deuteronomio, contienen el precepto impuesto al pueblo de Israel, con respecto a la remisión total de las deudas, (Colmeiro, (1865), pág. 477) sostiene, en el libro del éxodo (XXII, 24), “por lo menos en dos de sus diez normas, denominadas *mandamientos*, se evidencian relaciones jurídicas económicas. El libro comienza con un análisis económico: el Estado egipcio dispersa a los israelitas, que varias generaciones antes se habían instalado en el delta del Nilo donde vivían dedicados al pastoreo, y los obliga a realizar prestaciones personales de trabajo para construir dos ciudades de depósito y mantener las plantaciones del delta, el libro termina también con la descripción de un acontecimiento económico: los israelitas construyen en el desierto un nuevo santuario, conscientemente se describe aquí un nuevo tipo de trabajo en claro contraste con la experiencia egipcia. Se pone de relieve la voluntariedad del trabajo, la utilización del individuo según su capacidad o talento y la alegría que proporciona la colaboración”.

En el mismo libro del éxodo, “*si prestaras dinero a uno de mi pueblo, a los pobres que tú conoces, no serás como el usurero, no le exigirás interés*”, se lee en la Biblia Latinoamericana. (Ob/cit. éxodo capítulo 22, versículo 25); así mismo, en el del Deuteronomio, (Biblia Latinoamericana. Ob/cit. Deuteronomio, capítulo 23, versículo

19) se lee *“no prestarás con interés a tus hermanos, ni dinero ni alimento, ni cualquier otra cosa. Al extranjero podrás prestarle con intereses, pero a tu hermano no”*.

También se evidencia la complementariedad del derecho con la economía, en el sacrificio de la reparación (Biblia Latinoamericana. Ob/cit. Levítico, capítulo 7, versículo1, Antiguo Testamento) cuando nos dice, *“esta es también la ley de la víctima, por el delito se sacrificará en el mismo lugar donde se ofrece la víctima en el holocausto y su sangre será derramada al interior del altar”*. Otro aspecto que llama atención es lo referente a la justicia, que dice. *“No torcerás el derecho ni te fijarás en la condición de las personas. No aceptarás regalos, porque los regalos ciegan los ojos de los sabios y se hacen en perjuicio de los justos. ¡Justicia! Busca justicia si quieres conservar la tierra que te da Yahvé”* (Biblia Latinoamericana. Ob/cit. Deuteronomio, capítulo 16, versículos 18 al 20), la complementariedad de las ciencias en estudio se da incluso cuando se regula el año sabático (Noejovich, 1996., pág. 255).

“En lo referente a la economía cristiana, los cristianos sostienen visiones diferentes acerca de cuál sistema económico se alinea mejor con las enseñanzas bíblicas. Algunos creen que la Biblia favorece un sistema de propiedad privada y de responsabilidades e iniciativas individuales (citando Isaías 65:21-2; Jeremías 32:43,4; Hechos 5:1,4; Efesios 4:28). Otros apoyan una economía socialista” (citando Hechos 2:44,45).

El esclarecimiento de dichos aspectos no es materia de esta investigación, se lo toma en cuenta solo por el carácter ilustrativo en el cual se demuestra la complementariedad entre el derecho y la economía en el Antiguo Testamento.

Se concluyen estos ítems con la cita bíblica que incluso conlleva a probar la complementariedad del derecho con la economía, con respecto a los jueces, cuando Dios se pronuncia con respecto a estos y señala, *“si eres juez, no hagas injusticias, ni en favor del pobre ni del rico. Con justicia juzgarás a tu prójimo”*, tal como lo expresa la Biblia, (Ob/cit. Levítico, capítulo19, versículos 15 al 19).

2.2.5. Normas que regulan las instituciones económicas en la sociedad babilónica

Como lo venimos sosteniendo el derecho y la economía no eran extrañas en otras sociedades por antiguas que sean, Babilonia fue la ciudad más grande de la época antigua y la más fastuosa, maravillaban al mundo sus célebres jardines colgantes y la belleza legendaria de su reina Semíramis, identificada por algunos como la reina asiria, según leyendas griegas fue esposa del mítico rey Ninus (Nimrod) y luego reina gobernante por 42 años, al fallecer su esposo tras 52 años de reinado, Hammurabi, *“el primer rey del Imperio Babilónico, reinó aproximadamente entre 1792 y 1750 a.C. Cuando ascendió al poder, Babilonia era una de tantas ciudades de la Antigua Mesopotamia, pero durante su reinado extendió el control de la ciudad sobre la práctica totalidad de Mesopotamia, aunque a sus sucesores no les fue posible mantenerlo. ¡Babilonia! No hay como oír el nombre de esa prestigiosa capital del país mesopotámico, para sentir el gran soplo de historia”* (Montero F, 2012, pág. 13)

En esa Babilonia, primera megalópolis conocida, tan alabada como deshonrada, y objeto de fascinación para griegos, y en particular para Carlomagno, ansiaba convertirla en capital universal del imperio que estaba construyendo, ahí se redactó el Código de Hammurabi, *“El gran legado de Hammurabi es el Código, uno de los primeros códigos de leyes escritas de la historia. Hammurabi no solo fue un gran legislador, sino que, según el propio código, recibió las leyes del Dios Marduk, por lo que también se le consideraba elegido por los dioses”*.

“El código se trata de una recopilación de leyes que fueron inscritas en escritura cuneiforme, en idioma acadio, en una estela de piedra de 2,4 m de altura, de procedencia desconocida pero encontrada en Persia en 1901”.

Este “código contiene 282 leyes, un prólogo y un epílogo. Su lectura permite conocer el sistema jurídico mesopotámico, así como algunos aspectos de la vida social y económica imperante en ese lugar. Entre otras cuestiones, crea impuestos y regula el comercio; fija los salarios correspondientes a cada tipo de trabajador; establece

límites de tiempo a la esclavitud por deudas y enumera delitos contra las personas y la propiedad. El código castiga muchos de esos delitos según el principio de la Ley del Tali3n: *ojo por ojo y diente por diente*. Esto implica infligir al infractor el mismo da3o que ha ocasionado”

“El pr3ncipe Hammurabi ascendió al trono de la prehist3rica Babilonia. Su presencia ha trascendido hasta nosotros por haber compilado durante su reinado en el llamado “C3digo” que lleva su nombre, las normas que consuetudinariamente regulaban la convivencia en su reino, siendo esta la m3s antigua evidencia normativa formal que se conoce” (Stewart, 2012, p3g. 5),

*“En el c3digo de Hammurabi, importante ley de la 3poca antigua de la sociedad babil3nica, se encuentran las **normas** que regulan las instituciones econ3micas existentes en la sociedad babil3nica de entonces, permaneciendo aun hoy en el ordenamiento Iusecon3mico universal”* (Stewart, 2012, p3g. 5), quien tambi3n nos indica, que se sostiene que la complementariedad del derecho y la econom3a tiene basamentos en este importante cuerpo legal, as3 se tiene:

“Si un juez instruye un caso, dicta sentencia y extiende veredicto sellado, pero luego modifica su sentencia, al juez le probar3n que ha cambiado la sentencia y la suma de la sentencia la tendr3 que pagar 12 veces. Adem3s, en p3blica asamblea le echar3n de su sede judicial de modo irrevocable y nunca m3s podr3 volver a sentarse con jueces en un proceso”, tal como lo expresa el art3culo 8º del C3digo de Hammurabi. “El procedimiento, tanto en lo civil como en lo criminal, descansa en normas claras y precisas” (Stewart, 2012, p3g. 5).

“Se define la condici3n de los testigos y se castiga a quien intente cohecharles, as3 como a los magistrados, estableciendo sanciones severas para los jueces venales o incumplidores de sus deberes” (Stewart, 2012, p3g. 5) sostiene el citado estudioso.

El descubrimiento del Código de Hammurabi, el cuerpo legal más antiguo, se debe a las excavaciones realizadas por una misión francesa, encabezada por M. J. de Morgan, en el montículo de la acrópolis de Susa en los comienzos del siglo XX, entre las instituciones económicas reguladas en dicho código, se aprecian figuras jurídicas económicas: Otras secciones del Código se hallan dedicadas a la propiedad.

Se define el derecho sobre las cosas muebles, inmuebles y semovientes, la propiedad de los esclavos y la pública, proclamándose la inalienabilidad de la compra venta, el código las legisla en los artículos 10, 35, 36, 37, 38 y 39; el arrendamiento lo legisla en los artículos 42 al 47 y el 69; las deudas las legisla con los artículos 48, 49 y 52. Cabe resaltar que si se tiene en cuenta lo expresado por Díaz, cuando sostiene que Hammurabi, el alto príncipe temerario de Dios, para dar valor al derecho en la tierra, aniquilará a los malos y perversos, con lo cual el fuerte daña al débil...y para iluminar al mundo y procurar la felicidad de los demás (Díaz L, 2014, pág. 50).

Gracias a la escritura en piedra se tiene esta importante herramienta legal, que en palabras de Bernados/Hernández, “el código de Hammurabi da cuenta de una sociedad con un alto grado de complejidad, detallando relaciones de propiedad, tipos de arrendamiento, uso extendido del dinero y del crédito, así como el papel del comercio. Ese código contiene documentos con cláusula al portador, eran conocidos en el derecho babilónico del tiempo de Hammurabi, siendo solo discutibles si eran, jurídicamente hablando, documentos de identificación o títulos al portador (Bernados S, J.; Hernández, M. y Santa María, M, 2015, pág. 60).

2.2.6. Regulación de la economía desde Hammurabi a Moisés

Nos remontamos a esa época, traemos a colación esa Estela con gran importancia no solo histórica sino para el mundo jurídico, porque marca un hito importante, “Puede observarse que la economía regulada de los días de Hammurabi y de Moisés era fundamentalmente agraria y ganadera, y apreciarse además elementos monetarios, crediticios y, especialmente, comerciales” (Stewart, 2012, pág. 7)

También se reguló esos aspectos monetarios, crediticios y comerciales. El hombre es un ser de sociedad, pues no puede estar solo, necesita de los demás para sobrevivir, por consiguiente, debe de convivir con personas que tienen diferentes modos de pensar y de actuar, por tanto, es necesario que exista un número determinado de leyes que permitan mantener el orden, ya que las relaciones muchas veces no son las mejores, y es aquí donde surgen los conflictos, que de no ser tratados adecuadamente pueden ocasionar grandes problemas a los gobernantes.

“Las leyes de Hammurabi tienen en muchos aspectos una semejanza sorprendente con la ley de Moisés, elaborada cinco siglos más tarde, solo una diferencia esencial: distingue los sistemas jurídicos; las leyes de Hammurabi son de carácter puramente jurídico, mientras que las leyes mosaicas son de carácter religioso e intensamente claro el aspecto ético del derecho (Blavia E, 1992, pág. 234)

Tanto el código de Hammurabi como los 10 mandamientos son preceptos que vienen de diferentes dioses, es decir, tienen origen divino, porque de lo contrario sería muy difícil en aquella época poder dominar a las personas con argumentos humanos, tal como se ve en épocas presentes donde en algunos países tiene gran influencia la fe; “curiosamente el Código de Hammurabi tiene muchas similitudes con los diez mandamientos de Moisés. Para empezar, Jehová le proporcionó las tablas de piedra con las leyes a Moisés en el monte Sinaí. Mientras tanto, por su parte, Shamash Ute en sumer, dios del sol o la justicia y la equidad le entregó, al igual que Jehová a Moisés, a Hammurabi de forma divina las leyes para dirigir a su pueblo. El código de Hammurabi fue escrito en piedra en el año 1730 a.C. 500 años antes que se escribiera los 10 mandamientos mosaicos, el código fue escrito con la finalidad de glorificar al dios babilónico Marduk, y a través de él a su rey” (Stewart, 2012, pág. 5)

Si se tiene en cuenta lo expresado, *“cinco siglos más tarde del código de Hammurabi aparecieron el código mosaico, el cual contenía los principios que Dios le dio al pueblo de Israel para su gobierno por medio de Moisés” (Jaramillo A, 2017., pág. 171).*

Tenía leyes acerca de otros dioses, de la esclavitud, el crimen, la propiedad, los robos y la legislación judicial, que incluía castigos para el soborno, entre otros. “La ley de Moisés guarda mucha semejanza con la de Hammurabi, con la diferencia que las leyes eran de carácter puramente jurídico, mientras que las leyes mosaicas eran de tipo religioso, sin embargo, tenía castigos más duros, posición que concuerda de manera expresa, (Bussing L, 2004, pág. 71) cuando sostiene que *“Moisés, al igual que Hammurabi, recibe las leyes directamente de Dios, las cuales también quedan escritas en piedra. A pesar de las similitudes, el conocimiento popular asocia a Moisés con los diez mandamientos, leyes que rigen el comportamiento humano, pero no menciona la pena de muerte como castigo para los infractores”*. Es más, expresamente dice: no matar, aspectos esgrimidos líneas arriba concuerdan con lo que sostiene Archer *“en la época de Moisés se evidencia una estrecha correspondencia con los sistemas legales que provenían de Babilonia, siglos antes de su tiempo adquirieron conceptos de jurisprudencia avanzada que las tribus indígenas del desierto desconocían”* (L., 1964. , pág. 191), por otra parte, Blaschke sostiene que, *“pese al paralelismo entre el código de Hammurabi y el mosaico, este es mucho menos sistemático y recibe después de cierto desarrollo histórico, ya que el derecho civil israelita tiene un sentido religioso más destacado que el babilónico”* (Blaschk, 2000. ., pág. 122).

En lo referente a los diez mandamientos, el séptimo de ellos “prohíbe tomar o retener el bien del prójimo injustamente y perjudicar de cualquier manera al prójimo en sus bienes. Prescribe la justicia y la caridad en la gestión de los bienes terrenos y de los frutos del trabajo de los hombres. Con miras al bien común exige el respeto del destino universal de los bienes y del derecho de propiedad privada. La vida cristiana se esfuerza por ordenar a Dios y a la caridad fraterna los bienes de este mundo” (Educatolico), aquí se expresa de manera clara la complementariedad entre el derecho y la economía y se sostiene que no se dio el llamado cisma entre estas dos ciencias, evidenciándose que *“La relación entre las leyes y la economía es muy antigua. Las primeras legislaciones conocidas, como el código de Hammurabi y los diez mandamientos de Moisés, reglamentan entre otras cosas la propiedad privada y las bases de intercambio y la economía. Toda ley de alguna forma regula el intercambio económico y las formas de*

producción y generación de riquezas, por lo que su impacto sobre este último aspecto puede ser muy importante” (Jaffé, 2007, pág. 102).

Los aspectos de la complementariedad entre el derecho y la economía que expresan los diez mandamientos se evidencian en *“el respeto de la dignidad humana, exige la práctica de la virtud de la templanza, para moderar el apego a los bienes de este mundo; de la justicia, para preservar los derechos del prójimo y darle lo que le es debido; y de la solidaridad, siguiendo la regla de oro y según la generosidad del Señor, que siendo rico, por vosotros se hizo pobre a fin de que os enriquecierais con su pobreza” (2 Co, 8, 9).* Con respecto al séptimo mandamiento, *“las promesas deben ser cumplidas, y los contratos rigurosamente observados en la medida que el compromiso adquirido es moralmente justo. Una parte notable de la vida económica y social depende del valor de los contratos entre personas físicas o morales. Todo contrato debe ser hecho y ejecutado de buena fe” (Catecismo de la Iglesia Católica, 1997),* aspecto que concuerda con el octavo mandamiento: no darás falso testimonio ni mentirás, primando aquí los aspectos referentes a la buena fe.

Los contratos están sometidos a *“la justicia conmutativa, que se distingue de la justicia legal, que se refiere a lo que el ciudadano debe equitativamente a la comunidad, y de la justicia distributiva que regula lo que la comunidad debe a los ciudadanos en proporción a sus contribuciones y a sus necesidades, que regula los intercambios entre las personas en el respeto exacto de sus derechos. La justicia conmutativa obliga estrictamente, exige la salvaguardia de los derechos de propiedad, el pago de las deudas y el cumplimiento de obligaciones libremente contraídas. Sin justicia conmutativa no es posible ninguna otra forma de justicia” (Educatolico).*

2.2.7. El código de Justiniano y la importancia de la economía

Tal como lo se viene expresando se tiende a confundir el derecho y la economía con el análisis económico del derecho, obviando que en el mundo contemporáneo hay dos tradiciones legales muy influyentes: el derecho civil y el derecho común, las

trasladamos de manera sucinta a esta investigación por la importancia que tiene al permitirnos comprender la esencia misma de lo que significa el origen del derecho, hemos plasmado nuestra investigación en la percepción de los jueces civiles, tratamos en el cuerpo de la tesis aspectos concernientes al derecho civil, por lo que se justifica la indagación misma del derecho.

Los romanos de las primeras épocas fueron sustancialmente campesinos, cultivadores de la tierra y poseedores de ganado. *“En Roma, las labores de tipo artesanal y el comercio estuvieron generalmente en manos de los plebeyos, algunos de los cuales llegaron a ser ricos, la aristocracia latifundista estaba aportando a tareas industriales y en la especulación bancaria, destacando que en los campos seguía abundando los esclavos empeñados en las tareas agrícolas y escaseaban los trabajadores libres”* (Alvear A, 2005, pág. 309).

“El Imperio Romano desarrolló una brillante civilización y el genio romano construyó un sistema jurídico sin precedentes en el mundo” (Rene, 1973, pág. 24), nos dice en el contexto dado, *“hablar de instituciones jurídicas de Justiniano es hablar del Iuris Civilis, es una obra recopiladora de la jurisprudencia y de la legislación imperial romana”*

Siguiendo a ambos autores, Justiniano ordenó la codificación del derecho romano, desde entonces hasta hoy por “derecho romano se entiende el código que hizo recopilar, titulado *coros iuris civiles*, cobra gran importancia, tanto así que al derecho romano se le llama la razón escrita, la ciencia jurídica romanista, sostiene David, *“se presenta, cada vez más, como la ciencia jurídica por excelencia; el derecho romano, en la forma en que se enseña en las universidades, se identifica con la razón escrita del mundo cristiano”* (Rene, 1973, pág. 41), por lo que cabe señalar que en el código de Justiniano se asimiló e identificó términos económicos, pero de honda raíz cristiana, tales como la humanidad, comprendiendo desde el término mismo *humanitas*, que para aquellos que crearon la lengua latina y quienes la han usado con propiedad no quisieron que “*humanitas*” fuera aquello que vulgarmente se cree y que entre los griegos se llama

“filantropía”, *“con el significado de cierta virtud que conlleva la benevolencia hacia los hombres, benevolencia por la vida misma”* (Bernard M, 2006, pág. 40).

Justiniano, *“un emperador romano que residía en Constantinopla, tuvo dos motivaciones principales cuando ordenó la preparación del corpus iuris civiles, bajo la dirección del jurista Triboniano, Justiniano era considerado como un sacro emperador romano, por lo que él trató de abolir todo el derecho anterior”* (Merryman, 2011, pág. 25), en el código de Justiniano está presente la complementariedad del derecho con la economía, en varias figuras jurídicas, así se tiene, *“el contrato denominado mutuum, que era un préstamo gratuito de bien fungible; el foenus, constituido por la agregación al mutuum de un tipo de interés, y el commodatum, que era un préstamo libre de un bien no fungible”* (Fernandez D, R. y Ramos G, J. L., 2006, pág. 15).

Está presente en la figura del divorcio, la reordenación completa y última de las justas causas, la realiza Justiniano en una legislación en la que es necesario distinguir el régimen establecido en el digesto, el código establecido y en las novelas. *“En el año 534, estableció la posibilidad de disolver su matrimonio a aquellos hijos que, habiendo recibido dote o donaciones prenupciales de sus padres, no obtienen autorización de estos”* (Núñez P, 1988, pág. 154).

Se complementa, en el contrato de compra-venta, a los aspectos que conciernen a la *emptio-venditio* en un contrato consensual, en virtud del cual la persona (vendedor) se obliga a transmitir a otra (emprador) la posesión de una cosa (merx) y mantenerlo en goce pacífico de la misma, a cambio de una suma de dinero (premio) en el que el comprador se obliga a transmitir la propiedad; *“en las obligaciones, se daban los rituales místicos, los cuales tenían un valor económico jurídico”* (Mantilla E, F. y Pizarro W, C., 2008.), *“además de estas figuras, también de complemento, en el código de Justiniano figura la noción de precio justo, porque consideraba que se basaba en la equivalencia; también es importante en el intercambio que juzgaba con un proceso bilateral en que*

las partes implicadas aumentan su bienestar” (Fernandez D, R. y Ramos G, J. L.,, 2006, pág. 176).

2.2.8. Ruptura de la relación entre la economía y el derecho

Como se evidencia y justifica en la suficiente literatura, en los inicios el derecho y la economía estaban presentes, posteriormente se va marcando la separación antagónica por la presencia de los interés que en su momento de expresaba, *“La ruptura comienza a hacerse evidente con el mercantilismo, con ese que abarca más o menos desde 1500 a 1750, y sirve para denotar una fase de amplias transformaciones sociales que van desde la descomposición de las formas medievales de organización social hasta la expansión y la generalización del comercio internacional y de la economía de mercado. Políticamente, está relacionada con el absolutismo y con el ejercicio por parte de los estados de una política de poder frente a sus vecinos y de expansión colonial en ultramar. Por esa razón, el término Mercantilista también es útil, desde Adam Smith, para denotar todo tipo de interferencia dañina, imprudente, burocrática y, por supuesto, inútil en la vida económica”* (Stewart, 2012, pág. 11), siguiendo a Stewart, el espíritu del mercantilismo se opone claramente a las ideas medievales.

A partir de esa premisa se pueden deducir fácilmente las relaciones entre el dinero y los precios, entre el dinero y la tasa de interés, y entre el dinero, el tipo de cambio y la balanza de pagos. Además de estas relaciones también se hace mención en este apartado a algunos temas menores sobre la población, el trabajo y la industria. Otro aspecto de la ruptura se hace evidente con la posterior aparición de la obra de Adam Smith, considerado fundador de la ciencia económica por *La riqueza de las naciones*. El escocés Adam Smith (1723-1790) no solo puso con esta obra los cimientos de una ciencia, sino también de una doctrina: el liberalismo económico. La idea de que la riqueza proviene del trabajo (y no del oro ni de la plata), siendo susceptible de aumentar con una adecuada regulación del funcionamiento del mercado; la noción de la competencia como mecanismo limitador de la sed de beneficios

y fomentador del bien común, y el deseo de un Estado fuerte, aunque no grande, que garantice la libertad, la propiedad y el funcionamiento de la mano invisible que armoniza los intereses de la persona y de la comunidad, son, en efecto, su perdurable aportación al mundo que se había de desarrollar en los siglos siguientes, materializando su obra cumbre en *La riqueza de las naciones* (Stewart, 2012, pág. 11).

Adam Smith, en sus declaraciones, sostuvo: el primero y principal propósito de todos los gobiernos es preservar la justicia entre los miembros del Estado y prevenir todo abuso de unos individuos contra otros, en el seno de una misma sociedad, esto es asegurar a cada individuo sus perfectos derechos, presentándose el cisma cuando Smith afirma que el derecho “*tiene como propósito defender a los ricos de los pobres*” (Twining, 2005., pág. 64).

Si se tiene en cuenta que la Revolución Francesa “*fue el fenómeno más importante y que más trascendencia tuvo en la Europa del siglo XVIII, es tal su importancia que marca el inicio de la Historia Contemporánea. Desde el punto de vista político supone la eliminación del Antiguo Régimen, la monarquía absoluta fue sustituida por la parlamentaria o, incluso, por la República; en general, supone el ascenso al poder de la burguesía. En lo social se rompe con la división estamental, serán abolidos los privilegios de la nobleza y el clero y el campesino liberado de la servidumbre; pero no se cae en el engaño, el grupo social más favorecido fue la burguesía. En lo económico se acaba con el Antiguo Régimen, al llegar la burguesía al poder imponer como principios fundamentales los del liberalismo económico (iniciativa individual, el Estado no debe participar en economía, la ley de la oferta y la demanda regulan el mercado...) este fue un fenómeno muy ilustrativo del cisma, ya que puede ser entendida como la reacción de un pueblo sometido por regímenes legales que sustentaban la satisfacción dispar de necesidades entre las diferentes clases sociales tradicionales, lo que no solo se advierte en su lema*” (Stewart, 2012, pág. 12).

Se acrecentó el cisma cuando se estudia el aspecto económico de la Revolución Francesa, “*es sin duda un acontecimiento de primera magnitud en el mundo moderno*” (Wallerstein, 1989, pág. 130), esta situación de la que siempre se destaca el aspecto histórico sin embargo no solo es eso, se vislumbró el mundo jurídico, “*la población mal nutrida, empobrecida, descontenta por los derechos y los impuestos que debían pagar, la crisis económica afectó a la industria, el descenso de los ingresos, la caída de la demanda duplicó la pauperización rural, acrecentó el descenso del nivel de vida, el aumento del precio del pan, entre otros; aspectos que agudizaron el cisma*” (Solé, 1989, pág. 101).

“Los hombres son iguales, tienen los mismos derechos, deben someterse a las mismas leyes y deben ser juzgados por los mismos tribunales”, en este orden de ideas “*esa igualdad debe darse en las relaciones y satisfacer de manera equilibrada los intereses de todas las personas protagonistas en las actividades individuales o colectivas, por ello, la teoría económica desde mediados del siglo XIX hasta finales del XX*” (Stewart, 2012, pág. 12), además, discutía sobre las relaciones entre el gobierno, las empresas, los trabajadores y la Iglesia, proponiendo una organización socioeconómica que más tarde se llamaría corporativismo. “*Rerum Novarum*” es la primera encíclica social, no porque antes la Iglesia no se hubiera preocupado de la cuestión social, como se demostrará más adelante, sino porque es el primer documento oficial del Magisterio Pontificio que recoge y formula un cuerpo doctrinal que los sucesores de León XIII en estos cien años han ido actualizando y han hecho operante en su tiempo, hasta constituir lo que hoy se llama “*Doctrina Social de la Iglesia*” o “*Enseñanza Social*” o “*Magisterio Social*”.

“El cisma resulta ser, consecuentemente, el histórico desprendimiento de la unidad gnoseológica, economía del tronco común, el derecho, lo que además de hacer referencia a su común origen, evidencia una aparente ruptura conceptual que lleva a ambas disciplinas a percibirse antagónicas, causándose recíprocamente interferencias para el logro de sus respectivos objetivos sociales, constituyendo estas interferencias

el problema fundamental que vienen sufriendo los seres humanos que integran la sociedad a la que se deben” (Stewart, 2012, pág. 27).

Por lo tanto, de persistir este cisma, se dejará de lado la economía del bien común, se obviarán los valores que hacen florecer nuestras relaciones basadas en la confianza, cooperación, aprecio, democracia, solidaridad, el hecho básico de que depende del esfuerzo del hombre para satisfacer sus necesidades vitales y culturales para procurar la mejor satisfacción de sus necesidades con los bienes escasos de que dispone

2.2.9. Reconquista de la complementariedad del derecho y la economía

Sin perjuicio de posteriores estudios, como se ha sostenido el derecho y la economía mantuvieron relaciones frías y distantes durante mucho tiempo, olvidando que *“El ser humano, para poder subsistir, precisa satisfacer múltiples necesidades materiales y espirituales, tales como alimento, vestido, vivienda, salud, educación, reproducción, diversión, trabajo, justicia, entre otros”* (Torres V, 2008, pág. 42), aquí se puede dar cuenta sin mayor esfuerzo que se va reconquistando la complementariedad propuesta, esa distancia comenzó a acortarse, debido a los fenómenos no solo históricos sino jurídicos que ocurrieron, nos referimos a la revolución francesa.

El derecho y la economía, se van reencontrando, nada es nuevo, ni lejano, están en nuestro día a día, *“frecuentemente se compra alimentos, vestidos; si no tiene vivienda, compra o toma en arrendamiento una casa o contrata los servicios de un ingeniero para que la construya; para atender a su educación ingresa a algún centro de instrucción, adquiere útiles, libros; si se enferma, contrata los servicios de un médico para que lo cure, compra medicinas; para trasladarse a un lugar utiliza medios de transporte, para contar con una base económica presta servicios materiales o intelectuales; cómo se puede ver se va reconquistando la complementariedad del derecho y la economía”* (Torres V, 2008, pág. 43).

Claro está, la “relación derecho y economía es tema de discusión y controversia a través del tiempo, desde la antigüedad hasta las primeras décadas del siglo XXI, y su análisis e interpretación ha generado diferentes enfoques que se han ido consolidando hasta conformar estructuras doctrinales y teóricas que debaten, refutan y discuten los argumentos hasta estructurar lo que hoy se conoce como economía y derecho, y que otros confunden con el Análisis Económico del Derecho, conocido en términos de la cultura anglosajona como Law and economics” (Romero A, 2013, pág. 1)

Parece ser que en el mundo contemporáneo se ha tratado de reducir el hecho jurídico a un simple reflejo, modelo de la realidad económica, en donde todo tiene un precio, sin embargo, ante ello todavía existe el derecho, no solo la ley, que frena tales desmanes, de esos desmanes que se materializan en el famoso dicho popular “cuánto tienes, cuánto vales”, por cierto, felizmente no es un modelo, ni un paradigma a seguir por más posmodernismo que nos toque vivir, *“la palabra modelo es ampliamente aceptada como sinónimo de representación de la realidad”* (Hernández A, 1997, pág. 32), aquí tiene cabida cualquier tipo de procedimiento de representación de la realidad verbal, física, resaltando lo fundamental de lo básico, en economía, por tanto, teniendo en cuenta esto, una realidad económica es un conjunto de realidades económicas, no solo de fórmulas matemáticas.

La economía está íntimamente ligada a todos los aspectos de la evolución social, los nexos de la economía con el derecho son múltiples, *“sí se revisa las relaciones en forma general se debe considerar que todo sistema jurídico dado en una sociedad determinada, delimita la actuación legal del individuo o de los grupos para obrar económicamente”* (Zorrilla A, 2004, pág. 26), se toman en forma concreta las relaciones de la economía con el derecho, dan lugar a dispersiones legales mayormente delimitadas por la legislación civil o mercantil, entendiéndose según el mismo autor que la *“economía y derecho, la ley rige la actuación del hombre, gobierna y forma su conducta ejerciendo una influencia modificadora sobre hechos económicos”* (Zorrilla A, 2004, pág. 26).

En el entorno académico y de esta ciencia *“la economía señala los elementos presentes de una sociedad que obstaculizan el desarrollo del comercio, la industria, la propiedad territorial y otros intereses materiales; y solicita al derecho que renueve tales obstáculos y los evite en el futuro”* (Trazegnies, pág. 130) en el cual sostiene que sostiene a la vez que las relaciones humanas requieren de un “juego limpio” a fin de facilitar las transacciones e impulsar de esta forma la economía, y el derecho puede proporcionar esa “honestidad” o “corrección” básica que, salvando las desigualdades naturales, no permita la constitución de privilegios.

Se sostiene que las ramas del conocimiento tienden a relacionarse entre sí y las ciencias que forman parte de sus diversas categorías siempre caminan de la mano en temas de investigación y desarrollo, la economía y el derecho en función de complementariedad no se las entiende como un factor de subordinación, siempre habrá puntos y contrapuntos *“La clase de discusión está en la relación entre derecho y economía. Obviamente, al reconocer la estrecha dependencia del derecho respecto de la economía, no postula a la subordinación consciente, como lo hace, por ejemplo, el Law and Economics, sino por el contrario, la ruptura”* (Cárdenas R, 2004, pág. 16). La realidad actual no solo hace comprobar la validez de esta posición, sostiene el estudioso.

Al estudiar la complementariedad entre economía y derecho, se va más allá de entender una fórmula que más que matemática es económica en donde están presentes las acciones humanas, estas, que muchas veces son económicas y que no quedan ahí, son normadas, *“no obstante, se vienen considerando como acciones económicas solo aquellas que tienen por objeto la adquisición o circulación de bienes materiales, y en las cuales los medios son adecuados a los fines de esta especie. Según este concepto, son extrañas a la economía las acciones dirigidas a fines científicos, artísticos, religiosos; y deben considerarse antieconómicas las acciones dirigidas más bien a un fin de orden material, pero en las cuales los medios no corresponden a estos fines, así que deriva hacia una pérdida en lugar de una ganancia”* (Rodríguez-Arias Bustamante, pág. 217) en la complementariedad del derecho con la economía, se las

tiene como hechos conexos no aislados, ahí se enfoca la reconquista de la complementariedad del derecho y la economía.

La economía y el derecho se complementan en la teoría de Max Neef, economista y político chileno que lideró la formulación de la propuesta del Desarrollo a escala humana, cuando Neef, sostiene “*El sistema económico en el que vivimos no sólo obliga a la mayoría de la humanidad a vivir sus vidas en la indignidad y la pobreza, sino que además amenaza a todas las formas de vida del planeta*”.

“*Precisamente, la contribución del derecho moderno en el ámbito de la economía debe consistir en superar el concepto antiguo e individualista del valor utilidad, como aquella propiedad de un objeto por la cual tiende a producir beneficio, ventaja, placer, bien o felicidad, a las personas cuyo interés se considera*”, por el nuevo que recoge Bentham, como “*principio de utilidad*” (Fazio, M y Fernández Labastida, F., 2004, pág. 181), es decir, el principio de organización de la sociedad, de modo que logre “la máxima felicidad para el mayor número posible”. Se menciona lo anterior porque actualmente el derecho, de acuerdo a la corriente doctrinal institucionalista, más que ser un conjunto de conexiones individuales, lo es de conexiones sociales, aspecto que corrobora lo planteado por Neef, cuando afirma “que las necesidades deben ser planteadas por el hombre interpretando de otro modo la realidad y una nueva forma de contextualizar el bienestar general de las personas, a nivel individual y colectivo, el reto que esta esta teoría presenta radica entre otros en, economistas, profesores, jueces, dándose en este aspecto incluso no solo la complementariedad sino la Transdisciplinarianidad.

La complementariedad entre el derecho y la economía, de evidencia, en la subsistencia, protección, afecto, entendimiento, participación, ocio, creación, identidad, libertad, aspectos categóricos que pertenecen al ámbito jurídico, pero también al económico, tal como lo describe Neef, en su taxonomía de las necesidades fundamentales.

En cuanto a las necesidades humanas, *“son fundamentales son las mismas en todas las culturas y en todos los períodos históricos. Lo que cambia a través del tiempo y de las culturas es la manera o los medios utilizados para la satisfacción de las necesidades”*.

La complementariedad del derecho y la economía, se afianza, incluso con la tesis, “La satisfacción de las necesidades básicas como mejor fundamento para los derechos humanos y su relación con los derechos fundamentales y constitucionales en el ordenamiento constitucional peruano” Tesis para optar el Grado Académico de Magister en Derecho Constitucional Autor: Juan Manuel Sosa Sacio”, quien afirma *“que las exigencias vinculadas con la realización de las necesidades básicas deben ser consideradas como derechos humanos, pues se tratan de pretensiones morales valiosas para la humanidad”* (Sosa S, s.f.)

En este orden de ideas, según la doctrina citada, el derecho y la economía no son antagónicas, el derecho no está por debajo de la economía, no son rivales, en este sentido Acosta Iparraguirre siguiendo a Carnelutti, afirma, *“cuando se intenta averiguar qué es el derecho, nos encontramos forzosamente ante la necesidad de tener que estudiarlo en relación con la economía”* (Acosta, 2003, pág. 82). Esta opinión, sostiene Acosta Iparraguirre “lo único que hace es reflejar la gran relación que existe entre el derecho y la economía, que se hace más evidente en la actualidad” pero que no se manifiesta abiertamente. De igual forma, el mismo Acosta Iparraguirre, siguiendo a Sepúlveda, sostiene sobre la relación entre el derecho y la economía, *“el derecho es un elemento fundamental para el funcionamiento de la economía y, particularmente para lograr el desarrollo económico, objeto que interesa a todas las naciones y, con urgencia, a aquellos que todavía se encuentran en condiciones de vida incipiente”* (Acosta, 2003, pág. 82).

Consideramos tal como lo sostienen Rodríguez Lino y Arias Bustamante, *“es obvio que para ello toda actividad económica deberá ser regulada por el derecho, porque cuando no lo es, lo económico tiende a identificarse con el puro egoísmo, lo cual es rechazado por los mismos economistas, pues el egoísmo se identifica exclusivamente*

*con el hecho material, que no es por el contrario lo económico que es sin lugar a dudas un hecho humano, correlación de las ciencias del derecho y la economía, mediante la cual se alcanza un mayor y profundo conocimiento de la realidad existencial. A este respecto cabe señalar que el derecho constituye el instrumento que coadyuva no solo a la distribución de la riqueza sino a un progresivo aumento de su producción, desde el momento que al estructurar jurídicamente los procesos de la economía viene a establecer una **sociedad normativamente ordenada** y, por consiguiente, logra un ordenamiento de derecho que aspira constantemente a alcanzar una más justa convivencia humana”* (Rodríguez-Lino Arias Bustamante, pág. 217).

La reconquista se pronuncia en esa necesidad de “*provocar la adecuación entre derecho y economía, dentro de un clima de satisfactoria reciprocidad, respetándose las autonomías respectivas de acuerdo a su ordenación jerárquica, para que puedan contribuir dichas ciencias a la consecución de los fines humanos. Porque tanto el derecho como la economía justifican su existencia en función del hombre, ya que estimular el alocado consumismo de nuestro tiempo, supone seguir propiciando el caos en que se vive y el suicidio colectivo que puede asechar. En este sentido, el derecho es el instrumento al servicio de la comunidad social para ordenar la economía a la realización del bien común y, en consecuencia, del bien particular, conforme a una filosofía del hombre inspirada en los principios del iusnaturalismo comunitario*” (Rodríguez-Arias Bustamante, pág. 216).

Desde esa óptica es necesario replantear lo pensado, “¿la economía es una ciencia social que debe actuar en forma aislada del derecho?, ¿el derecho debe contextualizarse fuera del contenido económico?, ¿cómo funcionaría una economía sin leyes y sin regulación?, ¿cómo y dónde se aplicaría el derecho si no existiera la economía?, son las interrogantes que motivaron la presente investigación. Lo importante en economía son las relaciones sociales, aquellas que se manifiestan en la búsqueda por satisfacer necesidades” (Romero A, 2013, pág. 273)

“El derecho, por otro lado, es el que ha tenido dentro de sus fines garantizar aquello que busca la economía, estos hechos, aunque parezcan superficiales, hacen patente en la comunidad académica preguntarse por la relación de lo que se entiende por *el derecho y la economía*, si tiene sentido o simplemente es un ego antojadizo. No, no es así, la complementariedad entre la economía y el derecho como instituciones lleva a desarrollar todas aquellas correlaciones entre el mercado, principal componente de la economía como institución y las normas que lo regulan, estando implícitos los valores, la norma y el hecho. Por ello, cuando se hace derecho económico, que es la resultante de un tipo de relación entre el derecho y la economía, no se está haciendo análisis económico del derecho”

Para el estudio del presente, el punto de atención se centra en la complementariedad de estas dos ciencias, según la percepción de los jueces civiles, teniendo en cuenta que “el juez, en el estado social de derecho, también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución, sus principios y sus normas con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales” (Sentencia No. T-406/92).

2.2.10. Aproximaciones que sustentan la diferencia entre el derecho y la economía y el Análisis Económico del Derecho

Para esbozar en estas líneas la complementariedad del derecho y la economía, se trata de comprender el mundo del derecho, se parte del análisis Iuseconómico, porque él desde esta perspectiva no se aísla, no se divorcia del ámbito racional, histórico, social, normativo, económico; si al derecho se le ve aisladamente, es insuficiente por más que se le pretenda explicar, esta explicación solo sería mutilada; se ve la complementariedad entre el derecho y la economía en el hombre como popularmente se le conoce ‘de a pie’, en situaciones esenciales como son: comprar pan, donde comprar es una figura jurídica, el pan está inserto en los alimentos, lo cual constituye una de las necesidades primarias; comprar un periódico, tomar un taxi, alquilar una

casa, en fin, en todo esto está presente el derecho y la economía; el derecho está omnipresente, sostiene Santiago Nino (ob/cit. Pág. 2), *“el derecho, como muchas otras instituciones sociales, contribuye a superar dificultades que están relacionadas con ciertas circunstancias básicas de la vida humana, en ella el derecho está presente”*.

Está presente en el hombre de leyes, sin hacer el mayor esfuerzo, cuando en sus estrategias de defensa presenta los fundamentos de hecho y de derecho, al pedir indemnizaciones, reparación civil, embargos y señalar montos, cuando sostiene la existencia de costos, y estos no solo se refieren al dinero monetariamente hablando, sino al daño, el resarcimiento del daño moral; de igual forma, en el caso de los accidentes de tránsito con consecuencias, sean estas lesiones leves, graves o consecuencia fatal como es la muerte, es verdad que no hay nada que mitigue el dolor de los deudos, pero es una forma de resarcir mediante la reparación civil.

El derecho y la economía se complementan en un mundo de derecho sin olvidar los valores en donde todo aspecto jurídico es un hecho, aunque no todo hecho es jurídico, en la complementariedad los jueces aplican de hecho en sus decisiones no solo normas jurídicas sino también normas y principios teniéndolos muy en cuenta en sus fallos y estos como repercuten económicamente en la sociedad, por ejemplo, en aspectos como la reparación civil o una indemnización, el juzgador busca hacer justicia en o cuando en circunstancias que se generen conflictos entre los individuos esta complementariedad hace que se dé una colaboración mutua para eliminar o reducir los factores que determinan el enfrentamiento y limitan algunas de sus consecuencias más desastrosas.

En la complementariedad del derecho y la economía se parte de una visión integral, sistémica del derecho, no se trata de islas unilaterales que hoy sería solo obsolescencia, se presenta una propuesta que nace desde la vida misma, regida por normas que encarnan valores, sin desequilibrar lo que se busca, es decir, la justicia; en este aspecto se propone esta complementariedad frente a otras concepciones que subsumen al derecho y al extremo niegan su científicidad, y lo que es peor aún, el pensamiento

Iuseconómico, primando solo el entender economicista dejando de lado esa mínima moral tan importante para que la sociedad no zozobre, esto hace que se tome conciencia de las exigencias de nuestra sociedad actual en la búsqueda de solución de sus problemas, porque la función del derecho es el de evitar o resolver algunos conflictos entre los individuos y de proveer de ciertos medios para hacer posible una sociedad más humana, por ello, se presenta este aporte no como aprendices de magos sino que es a partir de estas líneas en las que se revive la importancia de la teoría jurídica, de la filosofía del derecho, de la argumentación jurídica, no se concibe siquiera la idea de un estudiante de derecho que ignore o no conozca a nuestros juristas quienes sentaron las bases de lo que constituyó nuestro aprendizaje en el mundo jurídico.

Sostiene Castillo, *“un ejemplo de cómo se puede criticar de manera solvente el Análisis Económico del Derecho se encuentra en la doctrina austriaca de Derecho, desarrollada por F. Hayeck, que al estudiar dicha institución cuestiona las divulgadas tesis de Ronald Coase y Richard Posner. Sostiene Castillo (ob/cit. p, 12). A diferencia de los conceptos tradicionales del Análisis Económico del Derecho, el planteamiento austriaco no considera que el objetivo final del derecho es la eficiencia, antes que nada, la promoción y protección de los derechos y libertades individuales”* (Castillo Freyre, M y Vásquez K E, R. (2006)., 2006, pág. 12)

Aceptar hoy en día solo el homo economicus es como dar una mutación extrema a más de 360°, sin considerar que el *“Homo economicus, quien es movido únicamente por motivos utilitarios, y solo actúa de manera racional a fin de maximizar la satisfacción de sus propios intereses y sus propias necesidades, de acuerdo a sus preferencias”*.

No existe cisma, se parte de la idea del pensamiento Iuseconómico, más es un peligro subsumir en esta sociedad en la que corre el peligro de desaparecer esa mínima moral de la que sostiene Miguel Reale, esa reserva moral de la que defendió Juan Pablo II, y no es que cite o traiga a colación de pronto el canonismo, solo es para darse cuenta que dentro de nuestra propedéutica lo ontológico, lo axiológico estarían en vías de extinción; primando y sobresaliendo solo lo exegetico, como en el tiempo de los

pandectistas inspiradores del positivismo, sumándose ahora el modismo de la economía de la conducta, tal como sostiene Rodríguez *“todos los individuos son egoístas; y todo individuo tiene la capacidad racional, el tiempo y la independencia emocional necesarias para elegir la mejor línea de conducta desde su punto de vista. Por tanto, todo individuo se guía racionalmente por su interés personal, independientemente de la complejidad de la elección que deba tomar”*. (Rodríguez-Lino Arias Bustamante)

En tanto, sostiene (Castillo Freyre, M y Vásquez K E, R. (2006)., 2006) *“el derecho es un instrumento útil, enriquecedor, pero lo que busca el AED en el fondo es la destrucción del derecho civil y que las “críticas gastadas por el AED contra el derecho civil no eran sino falacias dignas de ser denunciadas ante la academia y la opinión pública”*.

Afianzar un pensamiento solo positivista y economicista es esterilizar las ideas de un mundo más humano con valores y principios, sostiene Castillo/Vásquez, *“no asumimos responsabilidad en los últimos tres lustros, que coinciden con los primeros trabajos del Análisis Económico del Derecho en el Perú, los civilistas no habían dado respuesta orgánica y contundente a todas estas estridentes balas de salva, y guardando silencio que nunca se debía guardar, se ha dejado que quienes jugaban a los paredones ultimaran al derecho civil conforme les vino en gana”*.

En la complementariedad propuesta no se cierra la idea de la interdisciplinariedad, por lo tanto, no se la presenta como un auténtico dualismo en donde se evidencie una yuxtaposición de iniciativas, se va más allá, no se trata de pretender diseccionar, subsumir el derecho a la economía ni se pretende afianzar una perspectiva de un jurista economicista o solo aticista o moralista, se va en pos de un derecho que no se aislé de la realidad; por otro lado, no se aceptan demagogias jurídicas en las que en el nombre del derecho se cometa horrores y errores que se afianzan solo en su centro de interés dejando de lado la justicia.

La complementariedad entre el derecho y la economía no es un simple adorno, es el lado humano que se le busca a la economía, como lo sostiene Richard Thaler, el lado humano de la economía, un economista que no solo elabora modelos matemáticos, sino que intenta hibridar psicología y matemática, y *“parece enviarnos así un mensaje en el mundo de la posverdad al decirnos que no solo importa el tratamiento científico: los algoritmos, las matemáticas, sino que también tienen una gran relevancia la subjetividad y las emociones, lo que entronca directamente con la palabra del momento según diccionario de Oxford, que ya ha incluido este término, el de la posverdad, asociando el impacto de las emociones y percepciones en la objetividad de los hechos”*.

Thaler, *“ha incorporado emoción y sentimiento a la economía y la ha dotado por tanto de una visión más humana”*, por lo tanto el desconocimiento de estos aspectos hizo que algunos pensarán en el cisma, en el divorcio, y digo divorcio porque estos sí se relacionaron, olvidándose de las relaciones fundamentales de la convivencia humana, por lo tanto, si uno se exime de la economía es como vivir de espaldas a la realidad, pretender esto sería una demagogia jurídica, lo cual solo conllevaría a una sociedad extraña, utópica, inexistente, tal vez como la ciudad de Dios de Agustín de Hipona, en donde la ciudad celestial son los que habitan el mundo del derecho y la pagana, los de la economía, o la ciudad del sol de Tomas Campanella, afianzando así solo un sueño dogmático como si se estuviera frente a una “ventolera romántica” como fue calificado el movimiento de derecho libre, pues no se apunta ni a una esquizofrenia jurídica, ni a una esquizofrenia económica, se propone la complementariedad entre el derecho y la economía sin tratar de poner en jaque a ninguna de las dos, ambas son indispensables en nuestro mundo contemporáneo, en el cual al aspecto económico no se le ve como el acto subordinado de la realidad como tampoco se debe el propio destino de las jerarquías axiológicas, por lo tanto, se sostiene que con la complementariedad entre el derecho y la economía se ha superado dicho cisma.

En esa complementariedad se entiende que el derecho es macro y la ley es micro, por lo tanto, derecho no es solo aplicar la ley, eso sería caer en el reduccionismo y

retrotraerse al siglo XIX, entonces, hoy en el siglo XXI no se debe pensar que el derecho es solo ley y en el beneficio económico de las decisiones, solucionando y encontrando beneficio bajo el pensamiento que todo se soluciona con leyes, que estas aunque sean legales no sean legítimas como en la pasada centuria, olvidando que el derecho no solo es norma y que no hay nada más que eso, y que solo la aplicación de la norma dará resultados eficaces o de efectividad, olvidando que la eficacia también se la encuentra al tener en cuenta y aplicar otras fuentes del derecho, como los principios, la doctrina, la jurisprudencia, la costumbre; de igual forma se piensa: es que acaso la efectividad no se puede lograr con la aplicación de las fuentes, uno se da cuenta que el derecho trasciende y al aplicarlo se tiene en cuenta que para tener eficacia se pondera, tal como lo sostiene Robert Alexi, no tener en cuenta la complementariedad entre el derecho y la economía y transitar por el análisis económico del derecho, eso es salirse de nuestro sistema jurídico y si nuestros jueces lo hacen, caerían en el prevaricato.

Dejar de lado o castrar una de ellas, sea el derecho o la economía, sería ambivalente, insuficiente, no habría nada más utópico que negar la realidad, la vida misma, no existe ser humano que no haga uso de ellas, se complementa incluso cuando se habla del derecho de usufructo, mas no de propiedad por parte de los que integran las parroquias, los conventos, o cuando se tiene el derecho de profesar y el “deber” de diezmar, en fin, en todo acto humano está la complementariedad, se da en el nacimiento y el que nace tiene un nombre, ese nombre se registra y se materializa ese registro en una acta, solicitar dicha acta implica un pago, aquí está el derecho y la economía, ambos se complementan, pero no por ello ha de decirse que el abogado deba pensar como economista, ni el economista como abogado, cada cual tiene su rol, su papel, y es el jurista quien aplicará el derecho complementado con algunos aspectos económicos, así como el economista conocerá y aplicará el derecho, dándose respuesta a la realidad jurídica económica, por lo tanto, el derecho y la economía son ciencias totalmente concomitantes.

La complementariedad busca consolidar la efectividad, sobreentendiéndose sin el sacrificio de los valores, de los principios, mucho menos la norma, sobreentendiéndose a esta más allá del legalismo en donde la norma será válida si fuera también justa; porque tal como lo sostiene Reale, *“El derecho no puede ser visto como un mero hecho, ni como una mera forma, ni como puro valor ideal, ni como puro contenido intencional, pero sí como objetivación normativa de la justicia”* (Reale, 1997, pág. 51).

Cuando se habla de la complementariedad entre el derecho y la economía hay dos factores correlacionados: el derecho y la economía; el derecho junto a su bastión que inserta en él, el hecho, el valor y la norma, es decir, teniendo muy en cuenta la teoría tridimensional del derecho y la economía inserta sus figuras microeconómicas porque cuando se piensa en la economía está en su contexto más amplio, no ligada solo al factor monetario, así como el derecho visto no solo como una aglutinación de factores de la conducta humana sino de la valiosa estructura tridimensional, sobreentendiéndose esta sin un reduccionismo mutilador, el derecho y la economía es diferente.

En la complementariedad del derecho y la economía se parte de una visión integral, sistémica del derecho, no se trata de islas unilaterales que hoy serían solo obsolescencia, se presenta una propuesta que nace desde la vida misma, regida por normas que encarnan valores, sin desequilibrar lo que se busca, es decir, la justicia; en este aspecto se propone esta complementariedad frente a otras concepciones que subsumen al derecho y al extremo niegan su cientificidad, y lo que es peor aún, el pensamiento luseconómico, primando solo el entender economicista dejando de lado esa mínima moral que sostiene Reale, *“tan importante para que la sociedad no zozobre”*, la complementariedad del derecho y la economía marca la distancia del homo economicus, aquel que para funcionar aumenta las recompensas y endurece los castigos, que en palabras de Cohen *“crea un mundo más desigual”* (Cohen, 2013, pág. 13).

Sostiene Aguilar, *“el homo economicus, del AED, simboliza la figura del individuo racional. Dicho individuo solamente busca la satisfacción de sus necesidades*

personales. En la eficiencia y consistencia de sus decisiones refleja el comportamiento racional” (Aguilar Gonzales).

Se es consciente de las exigencias de nuestra sociedad actual en la búsqueda de solución de sus problemas, porque la función del derecho es evitar o resolver algunos conflictos entre los individuos y de proveer de ciertos medios para hacer posible una sociedad más humana, por ello, se presenta este aporte no como aprendices de magos sino que es a partir de estas líneas en las que se revive la importancia de la teoría jurídica, de la filosofía del derecho, de la argumentación jurídica, no se concibe siquiera la idea de un estudiante de derecho que ignore o no conozca a nuestros juristas, quienes sentaron las bases de lo que constituyó nuestro aprendizaje en el mundo jurídico; aceptar hoy por hoy solo el homo economicus es como dar una mutación extrema se tiene formación romanística o del Common Law y se presenta la complementariedad entre el derecho y la economía porque no se cierra la posibilidad del pensamiento actual, sin embargo se pretende mediante la presente terminar con la confusión que el Análisis Económico del Derecho es igual al derecho y la economía.

Los conceptos básicos de estas aproximaciones surgen a partir de las últimas corrientes vigentes al interior de las relaciones presentes entre el derecho y la economía, especialmente en las naciones estructuradas bajo los lineamientos del Common Law, o del Derecho Consuetudinario. Con ellas aparecen nuevos marcos de referencia para emprender estudios sobre estas relaciones. La fórmula anglosajona da, en primera instancia, la sensación de inaplicabilidad al interior de los estados de derecho.

Como se ha venido sosteniendo, la complementariedad entre el derecho y la economía es un tópico diferente al Análisis Económico del Derecho, el versus se fundamenta e incluso al tomar de repente de buena fe lo expresado por Bullard, cuando sostiene textualmente *“los abogados (o los «juristas» que no son sino los abogados con aspiración de científicos) envidiamos de otras ciencias el que tengan un objeto propio que anteceda al conocimiento que lo estudia, y tratamos de **neutralizar** esa envidia inventándonos **naturalezas jurídicas** inexistentes, verdaderas **alucinaciones**, para el*

estudiosos del AED” (Bullard G A. , 2009), afirma “que en el mundo esquizofrénico en donde los conceptos se pasean como personajes inexistentes, y es en este mundo inexistente, conceptual, que sujeta a los abogados a una suerte de esquizofrenia jurídica, que cuya realidad lo atormenta en donde ese mundo de conceptos son solo eso, conceptos, no existe en la realidad, y cuando es lo contrario asusta porque la realidad es contraria a sus alucinaciones, su visión de fantasía”.

En la retórica del estudioso del AED, la crítica es muy fuerte, a los abogados los califica como aprendices de magos, como esquizofrénicos, afirma que tienen temor al AED, porque les cuestiona su mundo imaginario e incluso sostiene y afirma que hablar de ciencia jurídica y de naturaleza jurídica es esquizofrénico, que el derecho no tiene objeto propio, que no es ciencia, que la naturaleza jurídica es irreal, por tanto, no se debe utilizar tampoco la ciencia del derecho porque utilizarla sería esquizofrénico.

Si se tomara solo el aspecto económico, no complementándolo con el derecho, seríamos esos monstruos mitológicos, antropológicos, racionales, ese homo economicus “*ese monstruo de racionalidad instrumental, que se caracteriza por la búsqueda calculada de beneficios, que lo satisfagan a sí mismo o a otras personas, pero de manera calculada, sabiendo que también va a obtener ventajas y beneficios; en sus acciones está regido por el egoísmo, por la búsqueda de su provecho particular, de sus intereses privados, cada cual va a lo suyo*” (Torres, 2007 , pág. 24)

Al dar lectura al texto de la “Esquizofrenia jurídica. el impacto del análisis económico del derecho en el Perú”, ha incentivado a realizar esta investigación, dejando abierta la posibilidad de que otros investigadores indaguen, incluso en las diferentes facultades de derecho, que investiguen si la teoría jurídica, la naturaleza jurídica, debe desaparecer o si es necesario quemar bibliotecas enteras de derecho, es acaso importante solo supremacía de lo económico, hasta qué punto favorece la ambivalencia de una ciencia subsumiendo o excluyendo a la otra.

Afirma Bullard, *“el derecho no tiene un objeto natural, es un sistema de regulación de conductas y solución de conflictos antes que una ciencia”* (Bullard G A. , 2009, pág. 44), ahondando que *“los conceptos jurídicos son entidades sobrenaturales que no tienen existencia verificable, salvo a los ojos de la fe”*. Ante estas afirmaciones uno se pregunta: es esta la afirmación de más de los 80,000 abogados inscritos en el CAL, qué tanto tiempo se ha perdido al estudiar derecho si solo era cuestión de aprender a aplicar leyes.

Además, sostiene, *“los razonamientos jurídicos suelen ser una suerte de razonamientos sobrenaturales y circulares, porque usan conceptos creados para definir y crear otros conceptos”*; así mismo, con contundencia expresa, *“los esquizofrénicos tratan de negar la realidad como una forma de defender su propia realidad”*, *“esa realidad perfecta que solo ellos ven y que defienden”* (Bullard G A. , 2002) y esto se evidencia, como si fuera la única existente. Con dureza afirma: muchos juristas y abogados “aprendices de magos” pasan por el mismo proceso, y agudiza la esquizofrenia al asustar a quien ve cuestionado su mundo imaginario; por eso acoge una férrea defensa del AED.

El Análisis Económico del Derecho tiene como figura protagónica al homo economicus, que es el agente económico, *“el homo economicus lo concibe la escuela neoclásica como una especie de robot insaciable que funciona accionado por el principio de la máxima satisfacción”* (Barbe, 1993, pág. 18).

Sostiene el maestro Stewart, *“cabe observar en las citas de Bullard una aparente confusión entre el AED y el DE que, en nuestro desarrollo puede resultar trascendente: no es lo mismo tratar de hacer un Análisis Económico del Derecho, con metodología e instrumentos conceptuales de la ciencia económica, que procurar la naturaleza esencial del derecho económico que ya se ha presentado anteriormente”*. Calabresi, *“parece admitir tal posición cuando afirma que no sería admisible pensar que la eficiencia económica es el fin del derecho por cuanto le es indiferente el desperdicio*

de recursos: la eficiencia económica es la propuesta de la economía para procurar el bienestar social justo, lo que propicia el derecho” (Stewart, 2012, pág. 66).

Se sostiene que no es igual Análisis Económico del Derecho que derecho y economía, como algunos sostienen, tan es así que sus estudios plasmados en libros los titulan Derecho y Economía; (García y García, A / Zavala R, D., 2009, pág. XV) sostiene incluso en la misma introducción, *“derecho corriente de pensamiento legal conocido con el nombre de Análisis Económico del Derecho (AED)”*, de igual forma, Bullard titula su libro Economía y Derecho (Bullard G A. , 2009) de igual forma, Cooter (1998).

Se tiene en cuenta que Cossío, realiza un estudio desde la perspectiva del derecho y análisis económico, en el cual no sustituye el derecho solo a fórmulas matemáticas sino más bien afirma que el AED es una herramienta útil y poderosa respecto de ciertos aspectos de la creación y estudio del derecho, sostiene el autor, el AED es un método válido para explicar ciertos aspectos de las conductas jurídicas y para contribuir a la creación del derecho mismo (Cossío Díaz, 2000.).

De igual forma se observa la confusión de estos sistemas jurídicos, Carvalho, sostiene, *“el AED o Derecho o Economía es una línea de pensamiento interdisciplinario que busca aplicar las herramientas de la Ciencia Económica, principalmente de la microeconomía, al derecho, sea positivo aquel que vendrá a ser legislado. Como se puede observar, subsiste esa tendencia a confundir sistemas jurídicos”* (Carvalho, 2011, pág. 31).

La economía para abogados, busca dotar a estos de herramientas para realizar un mejor análisis económico de los problemas legales, por lo tanto, al aplicar mi instrumento de investigación recogí una importante opinión del colegiado en cuanto a si existe la complementariedad entre el derecho y la economía, posición que afianza esta investigación.

Tratando de comprender este incomprendido mundo, en el cual los estudiosos del AED sostienen que no hay que contaminar el derecho relacionándolo con otras ramas, porque el derecho se convierte en una suerte de mixtura entre una religión y una ciencia metafísica, donde los conceptos mismos son los que son objeto de estudio por otros conceptos, desconociendo la interdisciplinariedad, por lo que ante esa perceptiva, viajó a México a un seminario internacional de derecho, y en su exposición, Ost (29 de enero del 2016) sostiene que “no existe divorcio entre las ciencias, sean estas fácticas o formales, cuando contribuyen al bienestar de la persona humana e incluso sostiene que hay un reflejo del derecho en la literatura, así como lo hay en la economía; y sostiene además que, sin duda hay quienes creen que el derecho es dominio exclusivo de la profesión jurídica, que las exactas fórmulas que nacen de un sistema de *regulación normativa* solo pueden ser conocimiento exclusivo de los abogados, y que, por lo tanto, la intrusión de cualquier lego en este campo denominado *positivo* del derecho no es nada más que literatura. Agrega, además, ahora bien, tomemos en cuenta que en los Estados Unidos existe un importante movimiento denominado *Law and Literature* que ha desarrollado todo un andamiaje de revistas especializadas, congresos universitarios y conferencias en torno al tema”.

Como se puede apreciar, Ost (29 de enero del 2016) propone en su estudio la relación del derecho con la literatura, profundiza sus estudios de la pirámide a la red, un nuevo enfoque del derecho, afirmando la interrelación del derecho con las demás ciencias.

Por lo expresado, ante esta eventualidad de calificativos, realizando una somera revisión de la teoría y la doctrina, se precisa en afirmar que no existe ni esquizofrenia jurídica ni esquizofrenia económica, sino más bien una complementariedad entre el derecho y la economía, teniendo en cuenta que es un estudio epistemológico jurídico, que al hablar de enfoque epistemológico se está frente a la epistemología como metateoría, por lo tanto, se pretende ir a este contexto.

Por lo tanto, dicha complementariedad no es otra cosa que pensar en la vida misma, en todo aquello que realizan las personas, es importante comprenderlo porque mucho de

lo que en sus labores realicen los juristas, ya sean jueces o también académicos legisladores, fiscales y abogados, tiene implicancias económicas, de tal forma que se evitará que tomen decisiones equivocadas que traerían secuelas dañinas para la sociedad, en donde la labor de legisladores, jueces y juristas debe coincidir la solución jurídica y la consideración de la eficiencia económica.

2.2.11. El derecho desde la tridimensionalidad

El derecho es la vida misma, pero no es una vida cualquiera en ella está presente la escala de mayor dimensión como son los valores los cuales, sin dejar de lado la normas, *“La teoría tridimensional del derecho es aquella concepción por la cual se considera dividido el mundo de lo jurídico en tres planos o niveles: el ser plano empírico o factico, el del deber ser plano- normativo, y el del valer- plano axiológico o valorativo, este tridimensionalismo jurídico, que se puede llamar tridimensionalismo estructural, ha sido aceptado en la mayoría de sistemas jurídicos”* (Falcón y Tella, pág. 25).

“El tridimensionalismo genérico o abstracto, en el que el derecho se entiende como una realidad analizada en tres aspectos distintos, correspondiendo a cada uno de ellos una ciencia diferente: los hechos, a la sociología; los valores, a la axiología y las normas a la ciencia jurídica” (Estrella V, 2014, pág. 77).

Tridimensionalismo, teoría tridimensionalista del mundo jurídico o Tridimensionalismo jurídico, es una teoría jurídica elaborada por el jurista alemán Werner Goldschmidt, quien sostiene que el fenómeno jurídico es una totalidad compleja que denomina ‘Mundo Jurídico’, por otro lado, *“el Tridimensionalismo jurídico es una de las teorías que ha desarrollado un concepto más integral del término Derecho, es la teoría tridimensional que identifica al derecho como un todo complejo, en dimensiones distintas, pero complementarias, están unidas, entrelazadas en lo fundamental”* (Olmeda García M. d., 2007, pág. 50).

“Durante la primera mitad del siglo XX, otros maestros se refieren a la estructura tridimensional del mundo jurídico, como en Alemania, (Emil, 1905) y Hermann

Kantorowicz (1906), “quienes ven en el *tridimensionalismo*: realidad, sentido y valor”; sostiene el maestro sanmarquino Stewart, hace alusión a “François Géný, en Francia, al sostener la necesidad de tener presente lo dado (la realidad social), lo construido (la norma) y el derecho natural (la justicia). En América, son seguidos por el trialista Goldschmidt; en la Argentina, quien cita como contemporáneos suyos al alemán Werner Coing, a Luis Legaz y Lacambra en España, a Roscoe Pound y a Jerome Hall en Norteamérica, a Luis Recasens Siches, en México y a Miguel Reale, en el Brasil”.

Todos ellos, así como el maestro Carlos Fernández Sessarego, “en el Perú, con diferencias muy sutiles, han considerado a la norma jurídica como una de las *dimensiones* estructurales del derecho al apreciar la conducta humana social como relación del hombre con los hechos jurídicos, el fin axiológico y la norma objetiva emanada del poder público que configura la ontología del fenómeno jurídico”.

La teoría tridimensional del derecho fue planteada por el filósofo brasileño Miguel Reale, y su concepción de lo jurídico ha sido desarrollada y enriquecida por Luis Recasens Siches y Eduardo García Máynez, entre otros autores. (Olmeda García M. d., 2007, pág. 50)

De la misma manera, sostiene Fernández Gómez, Recasens Siches, siguiendo a Miguel Reale, desarrolló un concepto tridimensional del derecho que enmarcó en estos términos: “Derecho se presenta como un conjunto de normas elaboradas por los hombres, bajo el estímulo de determinadas necesidades sentidas en su vida social y con el propósito de satisfacer esas necesidades en su existencia colectiva de acuerdo con unos valores específicos, se presenta el derecho como una realidad tridimensional: norma, hecho, valor” (Fernández Gómez, 2007, pág. 535).

Reale sostiene, el tridimensionalismo jurídico se ha venido desarrollando, obedeciendo a intrínsecas necesidades, y como el tridimensionalismo específico responde, en el caso particularmente de la experiencia jurídica, a una comprensión más viva del hombre y del mundo histórico constituido por él.

“Numerosos son los tratadistas que se han abocado a la misión de definir lo que es el derecho e inevitablemente se han encontrado con tres elementos, a saber, la conducta humana, valores y normas jurídicas. Sin embargo, a través de la historia se han sucedido una serie de orientaciones que han identificado al derecho con uno solo de estos elementos. Así, se tiene que los iusnaturalistas consideran al derecho en su aspecto estimativo, la escuela historicista en su fase social, aunque desde un punto de vista romántico, y el positivismo concibe al fenómeno jurídico como un conjunto de normas” el mismo Mario Alzamora Valdez sostuvo que el derecho es la vida misma regida por normas que encarnan valores, queda así implícita la teoría tridimensional.

Por lo tanto, hecho, valor y norma están siempre presentes, “hecho, valor y norma están siempre presentes en cualquier expresión de la vida jurídica, sea estudiada por el filósofo o por el jurista como tal. Mientras que el tradicionalismo genérico o abstracto correspondería al filósofo el estudio del valor, al sociólogo el del hecho y al jurista el de la norma” (Hoffmann E, 1998, pág. 103).

2.2.12. El derecho desde el punto de vista axiológico y ontológico

Si se tiene en cuenta que la palabra ‘derecho’ tiene varias acepciones que están relacionadas entre sí, como también que es ambigua por ser susceptible de varios conceptos, definiciones, el derecho es la libertad que se exterioriza en la conducta humana, vida viviente.

El derecho condiciona, dinamiza o neutraliza la evolución de los hechos sociales y económicos, y a su vez estos hechos tienen influencia decisiva en la configuración del derecho, sostiene el maestro Torres. El derecho no es solo ley, es más que eso, en su estructura tridimensional tiene el hecho, la norma y el valor, el derecho es, pues, completo y coherente desde un punto de vista axiológico (ya que proporciona los medios para un continuo balance de los valores que lo caracterizan y una continua

adecuación de las reglas con sus razones subyacentes). Además, contiene una respuesta correcta para cada caso (Pérez Bermejo, J. y Rodilla Gonzales, M. A., 2007, pág. 87).

Los valores jurídicos ocupan un lugar intermedio en la jerarquía axiológica. Debajo de ellos están los valores políticos, económicos, de la sensibilidad y vitales, y arriba los valores morales, teóricos, estéticos y religiosos.

“De acuerdo con la ley de fundamentación axiológica, los valores jurídicos son valores fundados y fundentes a la vez, fundados respecto de los valores inferiores y fundentes respecto de los valores superiores. De su situación especial en la jerarquía axiológica se derivan fecundas consecuencias en el orden teórico y práctico. Como valores fundados, los valores jurídicos gozan de primacía respecto de los valores inferiores que están a su servicio; pero como valores fundentes, los valores jurídicos caen bajo la dependencia de los valores superiores, a los cuales sirven como valores fundados, los valores jurídicos requieren los valores inferiores; como valores fundentes solo condicionan los valores superiores. Los valores jurídicos, como valores intermedios, pueden regular la realización de los valores inferiores, pero no la de los valores superiores” (Pérez , J. y Rodilla G, M. A. (2007). , pág. 87)

El derecho, anclado a los valores de lo “justo” y lo “injusto”, objetos que lo constituyen “valores” y son totalmente independientes de lo “recto” y “no recto”, es decir, conforme o no a una ley, forman, a su vez, el ultimo fundamento fenoménico de la idea del orden del derecho objetivo que, como tal, es independiente de la idea de “Ley”.

En el derecho está la ontología o una axiología monista, aquella que, *“no se rehúsa a distinguir una esfera específica para la ética, el derecho, la moral: en suma, las relaciones humanas”* (Haba, 2004, pág. 48).

“Se parte entendiendo que la axiología jurídica trata el problema de los valores jurídicos, es decir, dilucida sobre cuáles son los valores que harán correcto un modelo

de derecho o que primarán a la hora de elaborar o aplicar el derecho” (Márquez M, 2004, pág. 20)

Los valores jurídicos son aquellos que logran un correcto acercamiento del derecho y estos afectan como los valores morales a la sociedad, por ejemplo, los valores morales afectan de una forma espiritual y los valores jurídicos de una forma en la que pueden acarrear órdenes, sanciones y correcciones.

Por otro lado, si se preguntase dónde está el derecho, sostiene Torres (ob/cit. pág., 51), cuál es la ubicación ontológica, el derecho está en la conducta humana social, en base a ciertos valores para el logro de ciertos fines, está en la vida humana objetivizada en un pedazo de esta, en donde el objeto del derecho no es la regulación de la conducta sino la conducta regulada.

2.2.13. La economía desde el punto de vista ontológico

La economía tiene por objeto la correcta asignación de recursos escasos, a fin de satisfacer las necesidades de la población, mediante el sistema de precios que rige el mercado, sostiene Torres (ob/cit. pág. 164), con esta postura se trata de acercar el valor ontológico a esa reflexión metateórica. (Estany, 2006) destacando que *“La economía es la ciencia social que estudia las elecciones que tienen los individuos, las empresas, los gobiernos y que las sociedades enteras hacen para enfrentar la escasez, así como los incentivos que influyen en esas elecciones y concilian. Definición que la tiene muy en cuenta el AED, con gran rigor matemático”* (Parkin, 2010, pág. 2) y si se tiene en cuenta el origen etimológico de la economía, el vocablo como tal es el núcleo central de la ciencia económica; su campo de acción y su definición provienen de la propia etimología de la palabra economía, del griego oikonomía, de los vocablos oikos, que significa casa con todo lo que implica: la mujer, hijos, esclavos, ley, literalmente “orden o ley en la casa”, o sea, una buena administración doméstica. (Avila L, 2004, pág. 41)

“La economía es un estudio de la humanidad según ella vive, principalmente de aquellos móviles que afectan de modo más intenso y constante la conducta del hombre en la parte comercial de su vida” (Cossío Díaz, 2000, pág. 188) en tanto “Para el derecho, el primer elemento de la economía es de naturaleza antropológica, seguidamente, debe entenderse, al absurdo, que si alguna vez hubiera estado un hombre solo en el planeta, hubiera tenido sus necesidades satisfechas por la naturaleza y no hubiera sido necesario que usara su inteligencia, pudiendo haberse detenido en su evolución e incluso descendido en su evolución biológica, el animal humano, sin garras, sin poderosos dientes agudos y cortantes, sin pelo que lo proteja de la intemperie, sin vista aguda, ni olfato sensible, si se aislara de sus semejantes, sucumbiría” (Stewart, 2012, pág. 42).

“Solo su invisible inteligencia compartida con la de sus congéneres origina su predominio sobre los animales más fuertes, los rigores de la naturaleza y recolección de alimentos, la sociedad posibilita su evolución y le permite configurar como el segundo elemento estructural de la economía, al sociológico, como ocurre también con el derecho”

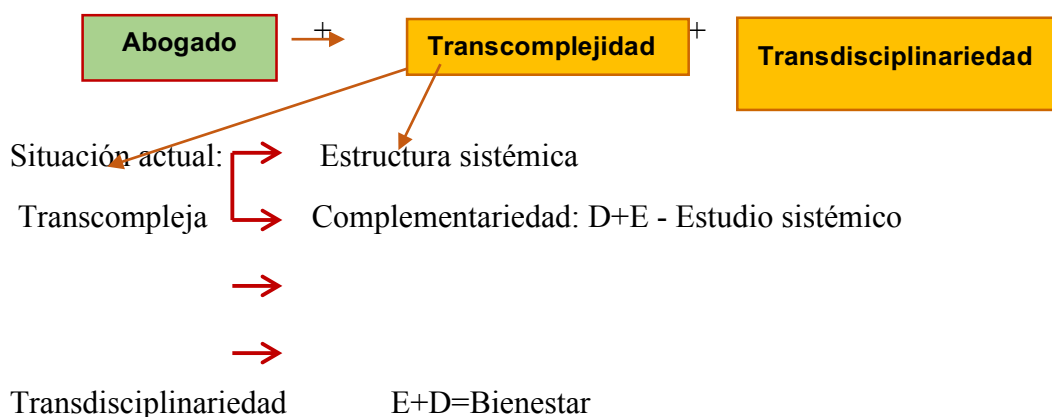
La economía, *“viene a dar cimientos, materiales y solidez a la construcción jurídica, llega más a fondo de la realidad, influye ante todo en el hecho, la relación que liga al derecho con lo económico es la eficacia en sí”*. (Chanamé O R. , 2010, pág. 61) Es así que la ontología de la economía tiene un enfoque más realista porque lleva al economista a preocuparse más por las limitaciones de los modelos económicos relacionados con la realidad. Trazando así nuevos rumbos que posibilitan la creación de esencias futuras distintas a las que ofrece la realidad.

2.2.14. Por qué deben estudiar economía los abogados y derecho los economistas

Los abogados conocen las características del discurso jurídico, la argumentación de acuerdo con los límites y reglas, establecidas en las normas y en las sentencias, pero raramente analizan las consecuencias de las normas jurídicas, en esto los abogados

requieren de la economía, particularmente el abogado puede utilizar para la interpretación jurídica el análisis microeconómico, que es el que tiene la menor diferencia de criterios entre los economistas.

Muchas veces las propias decisiones no son las más adecuadas y no brindan los beneficios esperados o incluso no cumplen con las expectativas, por lo tanto, dentro de la complementariedad entre el derecho y la economía, los abogados deben saber de economía; se grafica la propuesta como sigue:



Fuente: elaboración propia

Puede decirse, “*que el estudio de la economía no es privilegio exclusivo del economista profesional, sino que atañe a todos, puesto que los habitantes de la ciudad y el campo se enfrentan diariamente a problemas y comentarios de orden económico, tales como el empleo, inflación, ahorro, inversión, precios, impuestos, devaluación, aspectos que obligan a los ciudadanos a definir cómo deben distribuir sus ingresos en las necesidades esenciales, cuáles productos y a qué precios deben consumir, qué hacer con el ahorro; cuál actividad económica puede desarrollar*”. (Avila L, 2004, pág. 41)

Por lo expresado, “la economía está en todos lados. Nadie puede organizar su vida prescindiendo de ciertas nociones básicas de esta ciencia, se proyecta por igual en la vida personal, familiar y profesional. Para que la toma de decisiones económicas sea

más atinada, resulta indispensable que se sustente en conocimientos ciertos y no en simples intuiciones o prejuicios”

La relación del derecho con la economía es un tema interdisciplinario que reúne dos grandes campos de estudio y facilita un entendimiento mayor de ambos, la economía ayuda a percibir el derecho desde una nueva perspectiva, muy útil para los abogados y para todos los interesados.

Sostiene Ávila, *“que los funcionarios públicos, en el desempeño de sus tareas, deben conocer y entender la economía pública, para orientar al ciudadano en sus decisiones en el complejo mundo de lo económico. Es probable que la mayoría esté acostumbrada a considerar las normas legales como herramientas de la justicia, de hecho, muchas personas perciben el derecho únicamente en su papel de proveedor de justicia; la economía enseña a considerar las leyes como incentivos para el cambio del comportamiento”* (Ávila L, 2004, pág. 25).

“Un abogado debe de estudiar economía porque “así, pretende inhibir determinados comportamientos y a través de otros se busca incentivar ciertas conductas. Así, el marco normativo de un sistema que, mediante incentivos y sanciones, es decir, a través de la alteración de la estructura de beneficio y costos, modifica la conducta del individuo” (García y García, A / Zavala R, D., 2009, pág. xix), por lo tanto un economista debe saber de derecho porque se concentra en lo que la economía puede brindar al derecho, pero también en lo que el derecho brinda a la economía.

Debe tenerse en cuenta en que los abogados deben estudiar economía y los economistas, derecho, “para comprender que sin ley no hay economía que funcione. Corresponde a la ley definir las reglas básicas de la interacción humana, definir los derechos y titularidades, permitir que las mismas intercambien y corregir aquellos problemas que las decisiones individuales ya autónomas no puedan corregir” (Bullard G A. , 2009, pág. 27) En la complementariedad del derecho y la economía es vital que

un economista sepa sobre ciertas instituciones legales, como la propiedad y el contrato, que intervienen positivamente o que afectan profundamente a la economía.

“La economía sirve de herramienta a los abogados cuya labor se vincula a la creación de normas” (García y García, A / Zavala R, D., 2009, pág. xix).

“El abogado, como litigante, tiene que tomar toda clase de decisiones cuando define sus estrategias de litigio o cuando asesora a un cliente; al decidir la estrategia de litigio en un determinado asunto, los abogados se enfrentan a distintos tipos de variables, como la decisión de litigar, el valor de la pretensión objeto de disputa, probabilidad que la otra parte gane el juicio, las costas del proceso para el demandante y los costos de dilación en el proceso” (García y García, A / Zavala R, D., 2009, pág. 33)

2.2.15. Análisis de la complementariedad del derecho y la economía

El derecho y la economía se complementan en un mundo de derecho sin olvidar los valores en donde todo aspecto jurídico es un hecho, aunque no todo hecho es jurídico.

En la complementariedad, los jueces aplican de hecho en sus decisiones no solo normas jurídicas sino también normas y principios teniéndolos muy en cuenta en sus fallos y estos cómo repercuten económicamente en la sociedad, por ejemplo, en aspectos como la reparación civil o una indemnización, el juzgador busca hacer justicia en o cuando en circunstancias que se generen conflictos entre los individuos esta complementariedad hace que se dé una colaboración mutua para eliminar o reducir los factores que determinan el enfrentamiento y limitan algunas de sus consecuencias más desastrosas.

¿Porque complementariedad entre el derecho y la economía y no Análisis Económico del Derecho? Esto obedece, como ya se ha expresado, en primer lugar porque la complementariedad es posible en nuestro sistema jurídico, en tanto el análisis económico del derecho pertenece a planos jurídicos distintos, derecho y economía, es

un binomio que se complementa en nuestro día a día, no es una implicancia polar, puesto que si ambos se complementan no pueden subsumirse, reducirse, suprimirse uno al otro, que desde nuestro punto de vista sería lo más erróneo, de ahí es que se prioriza la necesidad de esclarecer lo que algunos tratadistas confunden al hablar de análisis económico del derecho y a la vez tratan de derecho y economía, no se trata ni es una sinonimia, ni solo cambia el sentido de las palabras, tal como lo expresaba el profesor Stewart en su tesis doctoral, por lo tanto, se puede afirmar que la relación entre el derecho y la economía ya existía desde tiempos inmemorables, así mismo, la reflexión de los economistas sobre el mundo del derecho no es algo nuevo.

El AED (Cabrillo R, 2011, pág. 202) su punto de partida se dio con Ronald Coase en 1960, sin embargo, la confusión comienza a generarse en la década de los sesenta, con el surgimiento del análisis económico del derecho, este pertenece a un sistema jurídico diferente, a realidades diferentes y porque no a culturas diferentes, por lo que es imposible situar en el mismo plano a estos dos aspectos como si fueran sinónimos, claro está, sentar posiciones como que todo se resuelve con el costo beneficio, con externalidades, con transacciones, olvidando el valor fundamental en la persona humana, olvidando nuestra brújula, la cual nos guía para saber hacia dónde vamos, no es sostener una simple quimera o una utopía de que somos una sociedad perfecta, claro está que no lo somos, sin embargo, debemos de tener ese desmesurado interés por colocar por encima el costo, el beneficio, la eficiencia en donde todo se puede presentar como una jungla en donde el que se come a los demás recibe honores, se piensa que no está mal el aspecto económico, pero no hay que olvidar la sustancia de todo el ser humano, la persona humana, por ello, somos conscientes que por mucha justicia que se realice siempre quedará justicia por realizar, pero siempre estará presente la trascendencia en todo, lo cual lleva a pensar en la persona humana como sujeto de derecho y no como objeto, por lo que para tener una idea mucho más clara sobre la economía, esta no es ajena al derecho.

Debe tenerse en cuenta que muchos actos jurídicos que realizan las personas se hacen en la búsqueda de satisfacer sus necesidades, aquí incluso uno se da cuenta que las necesidades de las personas son ilimitadas y los bienes a los que pueden acceder son limitados, en este flujo y reflujo se evidencia que cuando más trata el individuo de satisfacer sus necesidades, al mismo tiempo estimula otras, con la complementariedad está presente en primer orden el derecho que se relaciona, se complementa con la economía y esto hace que incluso se piense antes de actuar y no se lance al ruedo estimulado solo por el beneficio que va a obtener, incluso comportándose frente a otros como animal de presa, yo gano a costa de no importa que, arrebatando lo que desea con el incentivo de tener más pagando el precio por el daño sin importar los sentimientos de los demás, por lo tanto, si se acepta que el AED subsuma al derecho entonces uno se aparta de todo aquello que indujo a elegir el derecho; porque este asegura los derechos de cada uno pertenecientes a la sociedad, en consecuencia, se asegura la captación ordenada de beneficios.

En la complementariedad que se propone, se tiene la contribución de los magistrados, quienes al contestar el respectivo instrumento en estudio consolidaron su pensamiento, al final de todo tomar una posición u otra es parte del razonamiento jurídico, incluida la esencia del problema económico, pues no se proponen los extremos, la complementariedad involucra el entendimiento de la economía teniendo lo que subyace a los aspectos cuya infraestructura de pensamiento recae en el AED, es avalar esa aproximación incompleta que no toma en cuenta la realidad (espacio y tiempo específico); su aplicación en un país con una cultura y proceso histórico distinto podría resultar peligroso, por lo tanto, no se trata de importar ideas en la complementariedad del derecho y la economía, no se refiere solo a la norma olvidándose de las demás fuentes, claro está que como dijo Reale, *“sí le preguntaran a Kelsen, que es el derecho, contestaría: derecho es norma jurídica y no es nada más que norma”* (Reale, 1997, pág. 120), entonces ahí va nuestra pregunta, por qué estudiar seis años, la carrera se llama derecho y solo se pretende aplicar leyes, como sí pretende el AED, el derecho no solo es norma como sostiene Kelsen, tampoco es solo hecho, tampoco solo derecho, ni solo economía, se complementa con esta.

Hoy en día se ve que esta confusión académica intelectual donde se pensaba que el análisis económico del derecho es igual a derecho y economía, va en la encrucijada, sostiene Cabrillo, el AED hoy día no puede considerarse una corriente doctrinal muy relevante en el ámbito del derecho y tampoco ocupa un lugar preeminente en los departamentos de economía de las universidades, sostiene Cabrillo, que no se trata de una mera percepción dentro del ámbito académico sino de evidencia empírica que avala estas afirmaciones (Cabrillo R, 2011, pág. 204).

Considerar que la complementariedad entre el derecho y la economía es igual al AED, se aprecia que es un error, pero este no es un error cualquiera, es un error consciente y consentido, si se tiene en cuenta la vida misma esta no contamina el derecho, como lo sostiene Bullard, al citar a Ihering, cuando habla de su sueño por el contrario se vivifica, se humaniza, pues como considera *“nadie osaría llamar derecho a una situación notoriamente injusta. Sería como decir que el ladrón tiene derecho a exigir lo robado, cuando en buen sentido dice que el malhechor no tiene ningún derecho a reclamar lo que es suyo. Si fuese concebido sería una injusticia crasa por que lesiona el orden normal de las cosas y sería un abuso intolerable”* (Aspe H, 2003, pág. 15).

Por lo tanto, proponer la complementariedad entre el derecho y la economía es darse cuenta que en esta se prevé de elementos para entender la estructura general de una de las fuentes del derecho como lo son las leyes, aquí se da lo que sostiene Serrano, *“La interacción entre las dos disciplinas establece una relación jerárquica, donde algunos elementos de la legislación utilizan el instrumento económico, como hizo en un inicio Posner”*, y recalca el mismo Serrano, *“La economía y el derecho es una interacción más simétrica en sus aportes, de esta manera se puede permitir la construcción de una teoría integradora y no subsidiaria, con mayores beneficios en la relación”* (Serrano M, 2005, pág. 126), un ejemplo, está en la propuesta de Ronald Coase, Premio Nobel de economía.

El Análisis Económico del Derecho oferta una definición del derecho y de la justicia que rompe con toda la tradición jurídica, presupuestos que son válidos para una realidad

que no es la nuestra, para una cultura diferente, en este caso del derecho anglosajón de aplicarse el AED, en una realidad como la nuestra es como querer explicar que la justicia se reemplaza por la eficiencia y los criterios económicos sobre los jurídicos, aspectos que no se deben ni pueden darse en nuestro país, por lo menos por ahora somos seguidores del Derecho Romano Germánico y no del Derecho Anglosajón (Duran Y L, 1995, pág. 705).

Desde esta perspectiva se sostiene que no puede dejarse arrastrar por los modismos, plantear sustituir un sistema jurídico por otro porque se cree que es así, sin una base por muy mínima que sea, nacida de la realidad, no es proponer enojadísimamente porque es nuestro parecer, tal vez es un método que tiene aceptación o adaptabilidad en otra realidad, no se trata de copiar modelos, y lo que es más, defenderlos a tal extremo que si no se está de acuerdo simplemente “somos esquizofrénicos” o aprendices de magos jurídicos; pensar un poco más no es acoso, o una elucubración económica querer desaparecer la tradición jurídica haciendo hincapié que cuando se dice elucubración económica se está refiriendo a las hipótesis o especulaciones no fundamentadas, las cuales son producto de la imaginación, porque si esta fuera producto del pensamiento o reflexión sobre algo conseguido tras un intenso trabajo intelectual, por lo menos se hubiera realizado un trabajo de campo, acaso no es importante tener en cuenta los aspectos epistemológicos de renombrados juristas, por qué basarse solo en la doxa; por lo tanto, se deja abierta la posibilidad de continuar con este estudio.

Solo a manera de ilustración, se trae a colación lo expresado por Bullard, el derecho no tiene un objeto natural, es un sistema de regulación de conductas y solución de conflictos antes que una ciencia; cita a Kirchman, quien sostiene “*tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura*” (Bullard G A. , 2002, pág. 2), claro está, todo cambia, nada es constante, pero en estos grandes cambios hay aspectos que sobreviven, como también hay instituciones jurídicas, y por qué no nuestra tradición jurídica, es ligero pensar, uno no se atreve a afirmar sin haber realizado un estudio sistémico analítico, sería importante recibir el punto de vista de

grandes juristas que han transitado antes que nosotros, dentro de ese mundo imaginario y hasta esquizofrénico como lo llaman los defensores del AED, imaginarse un mundo como el de Justiniano cuando mandó a quemar bibliotecas enteras, como sostiene Merryman (ob/cit.) no porque no servían los libros, sino porque no estaban acorde con sus intereses, entonces dejaron un legado jurídico en el cual sobresalen temas muy importantes del mundo jurídico del cual partían juristas de nota, acaso serían “juristas”, alucinados con aspiración de científicos, sería de vital importancia preguntarles a renombrados juristas como Aníbal Torres Vásquez o Mario Castillo Freyre.

Así mismo, sería bueno preguntarse cuánto le costó a León Barandiarán a Carlos Fernández Sessarego, dejar importantes aportes jurídicos, y ahora, acaso ya no sirven a los ojos del AED, son acaso los conceptos dejados por ilustres juristas, entidades sobrenaturales que no tienen una existencia verificable, salvo a los ojos de la fe (Bullard G A. , 2002, pág. 3) claro está expresa, que no se trata de sostener que el AED es incómodo, lo que trato de decir es que no son aspectos iguales a la complementariedad del derecho y la economía, esta si está presente e incluso en la forma como nuestros magistrados resuelven no es antagónico a nuestra tradición romanista, en tanto al AED no lo aplican, que lo apliquen sería que se conviertan en prevaricadores, si no lo aplican y esto se sostiene con conocimiento de causa debido a la investigación realizada con motivo de mi tesis doctoral.

Es así como se corroboro mi postura y no es que sea lamentable que la influencia del AED en el Poder Judicial es virtualmente nula, y, lo que, es más, es cierto lo que sostiene Bullard “*el uso de herramientas del AED en las sentencias es casi inexistente*” y es verdad eso se pudo constatar en la encuesta realizada y en las entrevistas que se realizó.

Por lo expresado, no se está de acuerdo con Bullard, cuando sostiene que “los jueces se muestran suspicaces para aplicar estas herramientas y prefieren usar categorías formales y tradicionales más cercanas a la esquizofrenia jurisprudencial de conceptos”; ante esta afirmación se piensa que no es difícil darse cuenta, es muy simple, no se puede

ni se debe confundir sistemas jurídicos, nuestros magistrados lo saben muy bien y saben que la prioridad es tener en cuenta a la persona humana para hacer justicia, sin dar la espalda a la realidad.

“Los conceptos económicos se aplican para explicar y establecer los asuntos legales, en donde el resultado importante del derecho y la economía radica en dar mayor énfasis en la generalización del pensamiento jurídico” (Serrano M, 2005, pág. 132), en este contexto sostiene Serrano, el derecho puede determinar los efectos que sobre la riqueza tienen diferentes tipos de sucesos.

Por lo tanto, en la complementariedad la “economía aporta herramientas que pueden influir en la toma de decisiones en el derecho”, pero que de ninguna manera sustituye al derecho, “el derecho debe ser eficiente para generar bienestar, y debe ser utilizado como herramienta para producir desarrollo económico” (Serrano M, 2005, pág. 135); así mismo, sostiene el autor, que el derecho y la economía permiten entender la interrelación entre decisiones jurídicas y económicas (en caso que una persona trasgreda la ley cometiendo un robo). El beneficio que la persona obtiene es la utilidad de los artículos robados mientras que el costo en que incurre es la posibilidad de ser detenido y la multa y/o el encarcelamiento correspondiente, se está de acuerdo con Serrano cuando sostiene que *“uno de los elementos más interesantes que aporta la economía al derecho está dado por las teorías sobre la elección racional, cuya aplicación al campo jurídico permite estudiar los problemas legales y el delito, de anticipar resultados respecto de objetivos deseados por el legislador, minimizando los costos en la utilización de recursos que por definición son escasos y maximizando la eficiencia en la creación y aplicación de la ley”* (Serrano M, 2005, pág. 142).

Con el análisis económico del derecho, se incentiva incluso el incumplimiento del contrato y mucho más si este deja grandes beneficios al incumplir el beneficio, es más grande al incumplir, entonces donde está la seguridad jurídica, parece ser que con este sistema, que dista del nuestro, se va perdiendo el correcto sentido del derecho y poco a poco se va deshumanizando la relación jurídica al punto de olvidar que en su base se

encuentra un hombre y no simplemente un papel y una forma, tal como lo sostiene Aspe, con la complementariedad del derecho y la economía se respetan, por ejemplo, los contratos, estos son ley entre las partes, en tanto con el AED de alguna forma se incentiva a incumplir cuando el incumplimiento conlleva a ganar, por lo tanto, el derecho no debe desvirtuarse, desfigurarse, el “derecho es protector del bien común, es el que debe alertar a la sociedad cuando corra el riesgo de ser afectada por elementos intrínsecos que socaven los valores humanos sobre lo que ha sido construido (Aspe H, 2003, pág. 25), aspectos que señala Aspe y deben tomarse en cuenta.

Con el Análisis Económico del Derecho prima la ley, el positivismo soluciona todo y lo que es más, mientras al resarcir el daño este desaparece, desnaturalizándose así el derecho, en donde analizarlo económicamente es diferente a la aplicación economista por encima de sus fines, olvidando que, “el derecho debe ser un medio para garantizar la obra de humanización del mundo, es una necesidad apremiante que protege y promueve los derechos básicos que aseguran la constitución de la persona en la sociedad” (Aspe H, 2003, pág. 26).

Se vive en pleno siglo XXI y algunos aún defienden lo indefendible, porque se olvida que el derecho es más que norma, más que ley, pues la ley es solo un ingrediente de esta frondosa fuente, no es tan difícil darse cuenta, si así lo hicieron incluso los romanos, quienes sostienen que el carácter abstracto de las leyes, su positivismo “puede hacer injusto el derecho aplicado rígidamente, pues el derecho perdería todo su valor si no tiene la justicia como fundamento” y no es exagerado decirlo pero de alguna forma se estaría cumpliendo lo que Hobbes sostuvo, que en una eventualidad sería como la “guerra de todos contra todos”, se sostiene y se está de acuerdo.

Aspe, concluye que el derecho adquiere “rostro humano” (Aspe H, 2003, pág. 95) porque impregna con sentido humano las relaciones jurídicas y las instituciones sociales, por eso el derecho debe ser repensado en clave de “derecho humano”; por lo tanto, en este aspecto se piensa que para llegar a un equilibrio adecuado es conveniente tener un principio de economía jurídica, que está presente en la complementariedad

entre el derecho y la economía que se propone, esto en un ambiente jurídico humanizado en el que se fomente la coexistencia constructiva de las personas humanas.

Si bien es cierto que el AED surge a partir de las ideas del juez Richard Posner, también es cierto que nuestros jueces no coinciden en su aplicación a sus decisiones judiciales, eso sería apartarse de nuestro sistema jurídico cayendo incluso en el prevaricato, si tenemos en cuenta que las decisiones económicamente eficientes son siempre justas o deseables, en este contexto se sostiene que es diferente la complementariedad del derecho y la economía, y es aquí donde se toma como índice de apoyo la praxeológica austriaca, la cual es un marco aceptable para el estudio de las relaciones mutuas entre la economía y el derecho.

Se explica por qué complementariedad del derecho y la economía y no análisis económico del derecho, es porque este último pone sobre el tapete más intereses en juego, sobre todo por encima de la vida misma, es decir, todo se arregla compensando, si difamas, pagas y asunto arreglado, si atropellas, pagas y asunto arreglado, es más, si el beneficio es más grande no importa el costo, olvidando muchas veces ese carácter moral que mueve a no hacer daño o respecto a la autoridad hacer justicia, por lo tanto, en la percepción de nuestros magistrados está esa mínima moral que señala Reale, somos seres humanos, no se trata de ser subjetivos, que se defienda lo utópico, lo irreal, y que se caiga en una esquizofrenia jurídica; aquí de lo que se trata es no perder ese instinto que por antonomasia se tiene y que hace que haya diferencia con la escala zoológica inferior, ser capaces de apreciar cuándo estamos frente a la justicia o a la injusticia de las cosas, por más compleja o sofisticada que sea nuestra sociedad, por lo tanto, a ello se suma que la aceptación de la eficiencia no se niega, lo que no quiera decir que ante ello se sobreponga olvidando las exigencias distributivas de la justicia.

En este contexto, el problema de fondo del AED es que según Tena (2010, pág. 19), *“equipara eficiencia con crecimiento, sin dar ninguna importancia a la distribución equitativa”*, lo cual puede provocar efectos potencialmente peligrosos, ante estos hechos, el AED recibe una serie de críticas, se incentiva a que los miembros de una

sociedad persigan su propio provecho individual, y esto lo persiguen, como lo expresa Tena (2010, pág.19), racionalmente sin dejarse llevar por categorías morales o por la conciencia del deber en donde se busca maximizar todo: las normas morales, las de trato social, éticas que difícilmente subsistan ante ello, y más bien estas parecen que erosionan, y es aquí en donde se sostiene que en la complementariedad del derecho y economía se hace algo por defenderlas, porque es en el AED en que la punta de la pirámide es definitivamente el beneficio ante el sacrificio del otro.

No es ser esquizofrénico al sostener que en este aspecto se presenta un versus, por ello, se afirma que es un punto o contrapunto, se evidencia por su propio peso que el AED no pertenece a nuestro sistema jurídico, *“es de una cultura americana, que ha permitido la incorporación del AED en el marco del derecho anglosajón”* (Duran Y L, 1995, pág. 706), ver que el cisma entre el derecho y la economía no existe, lo que existe es confusión conceptual como una teoría interdisciplinaria, *“El AED se presenta a sí mismo como una teoría interdisciplinaria, sin embargo, en su propuesta no hay interdisciplinaria o complementariedad entre ciencia económica y ciencia jurídica, sino sustitución de un saber por otro”* (Duran Y L, 1995), crítica que realiza al texto de Pacheco (pág. 276), por lo tanto, incide Paloma Duran que *“no parece posible seguir manteniendo que el AED sea un estudio interdisciplinario del derecho, e incluso afirma lo del propio Becker, al presentar una definición económica del derecho, otra cosa bien distinta es presentar un estudio de relaciones entre el derecho y la economía”* (Duran Y L, 1995, pág. 708).

En nuestra realidad es diferente, el AED nace como una alternativa para solucionar aspectos como la responsabilidad civil, en nuestra realidad y tradición jurídica no se abstrae al AED, como el único modo de estudiar y enfocar el derecho, como sostiene Posner, se coincide con Guido Calabresi cuando sostiene, y ha defendido, que es un modo más de estudiarlo, en tanto la complementariedad del derecho y la economía no pretende subsumir al derecho a la economía ni mucho menos sustituir la justicia por la eficiencia, colocando la hegemonía económica sobre todas las ciencias sociales, la confusión existe incluso en el mismo Posner, como sostiene Duran (ob/cit. pág. 708),

cuando Posner propone que el antiguo AED y el nuevo AED se diferencian en que el nuevo lo entiende como relaciones entre derecho y economía, aspecto que el mismo Mercado critica; puesto que este concibe al AED como una nueva metodología, siendo esta la implantación del modelo del homo economicus, lo cual significa “la reducción de la acción del hombre a un motivo exclusivamente económico”, pues no se es eso, no se puede reducir a una cosa, como si fuera retrogrado y en esa involución solo serían “res parlantes” o cosas que emiten habla en esta sociedad posmoderna.

Con la complementariedad se tiene en cuenta a la persona humana, los actos que realiza dentro del mínimo moral, como lo sostiene Reale, y en ello las consecuencias económicas de las regulaciones jurídicas, por lo tanto, en la complementariedad se puede explicar la realidad social, aspecto que no sucede con el AED, siendo este criticado por las insuficiencias y definiciones que presenta.

La complementariedad facilita la adecuación entre el derecho y la economía, en tanto el AED, sustituye un saber por otro y no pretende un estudio plural de las relaciones entre el derecho y la economía, sino más bien un estudio exclusivamente económico del derecho en donde se acepta que si la norma es eficiente entonces será justa, en tanto que en la complementariedad se tiene en cuenta la legalidad y la legitimidad, es decir, una norma es legal pero no necesariamente es legítima, no primando el imperio de la economía, en tanto, “en el AED incide el derecho como una teoría de la acción, aunque habría que especificar que se trata de una acción concreta y determinada, aquella que produce efectos económicos, y que en todo caso se justifica y fundamenta en los elementos que definen la racionalidad económica” (Duran Y L, 1995, pág. 714).

Así mismo, sostiene Duran que el proyecto del AED es transformar la teoría jurídica, adaptando nuevos instrumentos y medios que respondan a las necesidades sociales y que se justifique sobre nuevos valores de la sociedad. Obviamente, en esta línea de argumentación, el nuevo valor social por excelencia es la eficiencia económica (Duran Y L, 1995, pág. 714), aspecto que obedece al homo economicus; el AED, en tanto Doménech *“plantea los problemas jurídicos como problemas económicos, por lo que*

sostiene que este nació y se ha desarrollado fundamentalmente en el ámbito académico, como un sistema teórico dirigido a entender, explicar y eventualmente criticar el orden jurídico” (Doménech P, 2014)., pág. 103).

Cabe resaltar que en la complementariedad del derecho y economía conservan su autonomía, no se subsumen, ni mucho menos pretenden desaparecerse, tampoco se reduce a la interpretación solo matemática, en tanto, el AED ha experimentado un creciente proceso de matematización, esto incluso con mayor preeminencia cuando se utiliza la teoría de los juegos; en este aspecto se reafirma que *“el AED pretende comprender y predecir las conductas jurídicamente relevantes objetos de estudio, formulan modelos teóricos expresados en el lenguaje de las matemáticas, modelos que son cada vez más sofisticados y complicados” (Doménech P, 2014)., pág. 108).*

“La matematización puede dificultar o incluso impedir la comunicación con otros juristas teóricos y con los profesionales abogados, magistrados, funcionarios, legisladores o a los que corresponde aplicar la realidad del derecho o incluso crearlo” (Doménech P, 2014)., pág. 109).

El Análisis Económico del Derecho presenta como ventaja la matematización, en el entendido que esta como ciencia formal se cree que por ser así data de un modelo claro, riguroso, exacto, coherente, general, conciso, simple y fecundo, por lo que su rigor se fundamenta en los símbolos abstractos propios de la investigación cuantitativa, entrando en el terreno que por cuantificarse es ciencia, para la investigadora.

Como se viene sosteniendo el estudio la complementariedad del derecho y la economía, se basa en la investigación no bajo el imperio de la matematización, reduciendo a cantidades el mundo jurídico, porque no solo los matemáticos permiten explorar las consecuencias de una teoría por lo que se piensa que reducir matemáticamente el mundo del derecho solo provoca distanciamiento respecto de la realidad y la práctica jurídica, en tanto la complementariedad, el derecho, como el aire, está en todas partes, como sostiene Santiago Nino.

2.2.16. Instituciones jurídicas en la complementariedad entre el derecho y la economía

La complementariedad se da en las diversas figuras jurídicas del derecho, como sostiene Torres (ob/cit. pág. 164), sobre la interrelación entre economía y derecho, que se puede apreciar del análisis de su postura que da asidero de complementariedad cuando sostiene que estas se relacionan desde los albores de la prehistoria, por cierto que esta se dio en todos los momentos históricos, en todo momento del derecho, señala, son normas de expresión económica las relativas a la propiedad, posesión, intereses, títulos-valores, créditos, inversión extranjera, reestructuración empresarial, quiebra, tributos, seguros, delitos económicos, monopolios, protección al consumidor, contratación, responsabilidad civil, entre otros.

Ante estos aspectos, uno se da cuenta que el derecho no tiene existencia independiente de la realidad social, pues para adoptar un cierto modelo jurídico es importante conocer esa realidad social, la historia social y económica de la realidad de ayer y hoy. El derecho no es, pues, una pura forma abstracta, vacía de contenido económico; hay una complementariedad entre lo económico y lo jurídico, en donde como sostiene Sierralta *“la economía es la infraestructura y todos los demás elementos como el derecho, la literatura y la política son la superestructura”* (Sierralta R, 1988, pág. 11).

La complementariedad entre el derecho y la economía se adopta en una visión sistémica, se verá que la aparente oposición entre ambos cuerpos normativos no es tan evidente y que sus puntos de contacto son muchos y complejos, así se tiene que la complementariedad se da en diferentes figuras: el contrato, la familia, la propiedad, entre otras, para este estudio se desarrollarán los aspectos referentes a los contratos y a la familia.

2.2.16.1. El contrato

Esta figura jurídica desde la perspectiva de la complementariedad, lo comprendemos bajo el entender del *“concepto de contrato, que hoy parece algo natural y muy claro, es, sin embargo, el fruto y el punto de llegada de una larga evolución histórica del pensamiento jurídico, de sobremanera confusa y no muy bien conocida; en el Derecho Romano se refería a los pactos, no producían acción para ejercer el cumplimiento”* (Diez P, L. y Guillén, A. , 1990, pág. 119) en un momento posterior se admitieron algunas obligaciones por el mero consentimiento o por el mero acuerdo de las partes.

“Puede parecer poco útil tratar de formularlo a estas alturas de la evolución del derecho: hay tanta y tan valiosa bibliografía nacional y extranjera que define este instrumento creador de obligaciones que pareciera que todo está dicho, escrito y analizado al respecto; sin embargo, me atrevo a afirmar que, en el sentido de considerarlo un instrumento de la economía, no hay mucho de escrito, ni dicho. Además, la bibliografía parece estar de acuerdo en una etimología del término que contraría o desdice esa esencia instrumental del contrato” (Stewart, 2012, pág. 84).

El contrato, *“etimológicamente proviene de la voz latina “contractus”, que significa unir, estrechar o contraer”* (Martorell, 1993). El contrato, *“es un acuerdo de voluntades, es un negocio jurídico bilateral o plurilateral consistente en el acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran, en el que se regula jurídicamente una cuestión y del que deriva cualquier efecto jurídico”* (Albadalejo, 2007, pág. 203), *“el contrato puede tener varios objetos: en la venta, por ejemplo, son objetos de contrato tanto la cosa vendida como el precio, el objeto consiste en las cosas o en las prestaciones mediante las cuales se realiza la función económica del contrato”* (Rabanal Carbajo, 2002).

“El contrato es la unidad básica de intercambio, es el sinónimo legal del concepto de transacción” (Bullard G A. , 2009, pág. 267), siendo el concepto central la *“autonomía de la voluntad, entendida como la capacidad que tiene la voluntad de los individuos*

para autorregular la esfera dentro de la cual se desenvuelven sus intereses". Aquí, en este aspecto, se trae a colación lo que dice nuestro Código Civil, en el artículo 1351º, con respecto al contrato: El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

El contrato, como figura jurídica de la complementariedad entre el derecho y la economía, no se toma con rigidez matemática, con ese cálculo que hace que el homo economicus siga vigente, que hace que funcione como un reloj, *"lo que hace que el homo economicus siga vigente es que funciona como un robot predecible, tanto racional, lo que llama Amartya Sen, Premio Nobel de Economía"* (Penalonga, 2011, pág. 9), *"que cuando compra, vende, invierte, alquila o trabaja lo hace de manera cuantificable en términos de precios, intereses, alquileres o salarios. Se trata de magnitudes numéricas que permiten un tratamiento matemático"*.

"Los contratos, como fuentes de obligaciones, son aquellos negocios jurídicos donde las declaraciones de voluntad libremente emitidas por las partes cumplen los presupuestos de forma y fondo necesarios para la producción de un efecto jurídico, normalmente patrimonial, reconocido por el derecho", como versa la Enciclopedia jurídica la ley (2009. pág. 2905), *"contrato es el acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan"* (Diez P, L. y Guillén, A. , 1990, pág. 121).

Aquí se recalca, si en el contenido del contrato en nuestra legislación se tiene en cuenta la relación jurídica patrimonial, entonces se pregunta: pueden ser objeto de contrato los vientres, las madres sustitutas, la prostitución, la pornografía, las drogas, en nuestro sistema jurídico seguidor del Derecho Romano Germánico, en donde la misma norma recoge en su título preliminar, *"es nulo el acto jurídico contrario a las leyes o a las buenas costumbres"* como lo tipifica el artículo V del título preliminar del Código Civil.

La complementariedad no significa ser esquizofrénico, los contratos, leyes entre las partes, tienen un fin lícito, pero por un momento si se aparta de la realidad y decimos, *"espérame, voy a comprar cocaína, marihuana, y regreso"*, como si fuera algo normal,

es acaso normal pensar de esa manera, o voy a hacer una demanda porque no se ha cumplido con el contrato de prostitución; en este aspecto *“el hecho social, una conducta prohibida en un lugar puede ser permitida en otro”* (Durkheim, 1925, pág. 23), que no es el caso del Perú. Por lo tanto, aquí no prima la complementariedad entre el derecho y la economía, prima el Análisis Económico del Derecho, es en otro sistema jurídico, no el nuestro. Tal vez no se descarte la evolución de la sociedad en donde surja el cambio de nuestro sistema jurídico, pero por ahora no es posible, así se tilde de esquizofrenia jurídica, irreal, unicornica, el AED no se desarrolla en un sistema jurídico como el nuestro; lo que no se descarta es que el derecho no es estático, pero el cambio debe ser profundo, empezando por la madre de todas las leyes, la Constitución Política del Perú. Entonces, ahí sí se podría estudiar la admisibilidad o improcedencia de una demanda exigiendo el cumplimiento de un contrato de subrogación por maternidad, como el caso, (Bullard G A. , 2009, pág. 287) presentado en New Jersey, Estados Unidos, en nuestro país aún no es así; sin embargo, no se está frente a lagunas del derecho, en todo caso se diría de la ley, en donde nuestros magistrados tienen las herramientas necesarias para ejercer el derecho.

“Ahora, cuando se quiera hacer una relación entre el derecho y la economía, en lo primero que se piensa en este caso en los contratos, justamente porque siendo el instrumento que genera obligaciones desde el punto de vista del derecho son la base de las transacciones y el resultado de las negociaciones que permiten alcanzar beneficios económicos para quienes los celebran”

“Hay tanta y tan valiosa bibliografía nacional y extranjera que define este instrumento creador de obligaciones que pareciera que todo está dicho, escrito y analizado al respecto; sin embargo, me atrevo a afirmar que, en el sentido de considerarlo un instrumento de la economía, no hay mucho de escrito, ni dicho. En este orden de ideas es en las que afirmo mi propósito, mostrar la complementariedad entre el derecho y la economía, para el acápite en estudio desde el punto de vista del contrato” (Stewart, 2012).

Debe tenerse en cuenta que el concepto de contrato se remonta al derecho romano de la época imperial que reconocía dos fuentes de obligaciones: “el contrato y el delito, pero en la época de Justiniano los bizantinos introdujeron cuatro fuentes de obligaciones: contratos, delitos, cuasicontratos y cuasidelitos”.

Sin embargo, el propósito de este estudio no es profundizar en la etimología, la historia o la evolución, son aspectos que abundantemente se desarrollan, el propósito de demostrar la complementariedad de este instrumento de paz, esencial en la evolución económica de la humanidad, que supera el primitivismo de la apropiación violenta y abusiva, del asalto, de la rapiña e, incluso, de la conquista y permitió la libre circulación de los excedentes en un momento de la historia cuando el recolector se hizo agricultor y el cazador, ganadero o criador; mediante el trueque este ponía a disposición de quien lo requiriera aquello que iba más allá de la posibilidad de su propio consumo.

“El contrato es la unidad básica de intercambio. Es el sinónimo legal del concepto económico de transacción. En ese sentido, tanto la contratación paritaria (es decir, la realizada en un contexto de perfecta negociación entre las partes) como la masiva (realizada usualmente en el contexto de transacciones de consumo) persiguen el mismo fin: intercambiar bienes y servicios. En consecuencia, desde un punto de vista económico, persiguen lo mismo” (Bullard G A. , 2009)

Las clásicas “funciones económicas del derecho, en los contratos se tiene en cuenta la teoría de precios y de posibles concepciones de la justicia o modos de pensar, para luego examinar cada una de las funciones económicas centrales del derecho de los contratos, en el campo de lo que los economistas tradicionales denominan teoría de precios y que constituye la parte de la teoría económica más empleada para examinar el sistema legal” (Bullard G A. , 2009, pág. 87)

Los contratos son los actos jurídicos más comunes en la vida diaria, pues constantemente se compran cosas (compra-venta), se rentan (arrendamiento), se prestan (comodato), y a veces el préstamo es de dinero (de apertura de crédito).

Los intercambios (permuta), contratamos o nos contratan (individual de trabajo; prestación de servicios profesionales).

El “contrato” en el Perú está normado en el Libro VII del Código Civil, bajo el título de “Fuentes de las obligaciones”, en dos “secciones”, la primera de las cuales lleva el epígrafe de “Contratos en general” y la segunda, el de “Contratos nominados”; en este orden de ideas, en la ley peruana, el fin del contrato es la relación jurídica y su objeto es la obligación; semánticamente, una relación jurídica se da entre dos o más personas que, al estar regulada por el derecho, produce consecuencias jurídicas.

Si se sostiene que los contratos se dan en la vida cotidiana, la complementariedad está presente, aquí se da lo que Camacho sostiene (ob/cit. pág. 5), *“el derecho tiene una gama de figuras contractuales, las que se llaman contratos nominados o contratos típicos, y en cambio la economía tiene una serie de transacciones que no tienen nombre y que evolucionan con una rapidez distinta a la del derecho, por lo tanto, ya no se piensa en la tipicidad jurídica sino en la tipicidad social”*.

No se debe olvidar la licitud del contrato, no podrá ser objeto de un contrato de trabajo la prestación de servicios ilícitos o prohibidos.

a. Función económica del contrato

Uno de los grandes principios del orden económico, que jurídicamente inspira un ordenamiento jurídico, “es el que puede llamarse principio de libertad económica. Todo ello quiere decir la producción, el intercambio y la contratación de los bienes y servicios que se realizan por los particulares de manera libre y espontánea. Se produce de acuerdo a la voluntad de los interesados” (Diez P, L. y Guillén, A. , 1990, pág. 45).

“Las personas operan entre sí a través de una red de obligaciones, algunas vinculantes y otras no, al cual ingresan a través de decisiones voluntarias o impuestas. Las

obligaciones contractuales son voluntarias, como lo es la decisión del vendedor de entregar el bien al comprador, en el tiempo y lugar convenidos y la obligación que tiene el comprador de pagar el precio en el momento establecido” por lo tanto si se tiene en cuenta solo “la teoría económica del contrato se da en las situaciones de intercambio en las cuales la ganancia es recíproca para las partes que se comprometen en una transacción, en un intercambio simultaneo no hay necesidad de compromiso, pero cuando el comercio tiene lugar a través del tiempo, la situación es diferente” (Vicente Sola, 2004, pág. 265).

“El contrato es el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica, sirviendo para satisfacer las necesidades humanas. Este siempre tendrá una función económica que será onerosa o gratuita” (Vaquer, 2012, pág. 277)

“La función social del contrato no puede neutralizar la función económica, ni puede pretender la solución de problemas de la pobreza a través de una redistribución de la riqueza, el contrato cumple una función económica social, en donde la función social no puede excluir la función económica, ni esta puede consumarse desconsiderando completamente aquella” (Benites C, 2013, pág. 179), en esta secuencialidad de ideas cabe destacar que “la función económica del contrato solo queda preservada si procura utilidades para ambas partes y no beneficie a una en desmedro de la otra, lo significativo es que en su conclusión ambas partes obtengan ventajas del rubro, es decir, con equidad económica, por cuanto una cláusula abusiva se encuentra asociada a una inequidad económica, por cuanto comporta un desplazamiento del riesgo económico, del predisponente hacia el adherente, que el ordenamiento jurídico debe corregir en base a la equidad económica, solo la parte contratante afectada puede solicitar la rectificación del contrato, sino también las asociaciones o por el conjunto” (Mosset I, 2005, pág. 633).

Mediante el contrato los intereses de las partes "se combinan de manera que cada cual halla su satisfacción; de esto deriva, en el conjunto, un incremento de utilidad, de la que participan en varias medidas cada uno de los contratantes".

Función económica: es el principal vehículo de las relaciones económicas. La circulación de la riqueza y el intercambio de bienes y servicios se realizan primordialmente a través del contrato.

Función social: no solo sirve para la satisfacción de necesidades individuales, sino que es además medio de cooperación o colaboración entre los hombres. Se relaciona con el principio de la buena fe.

En cuanto a la función económica de los contratos, *“se pueden clasificar en grupos o categorías, según sus afinidades, pero puede ocurrir que un mismo contrato puede formar parte, a la vez, de varias categorías”* (Messineo, 1948, pág. 37), tales como:

A. Contratos que disciplinan las relaciones patrimoniales familiares: patrimonio familiar, dote, comunión, entre los cónyuges.

B. Contratos que tienden a favorecer la circulación de la riqueza, bienes, esto es, cosas o servicios, aquí vienen en primera línea los contratos de cambio, según el cambio se verifica con sacrificio económico de ambas partes, a título oneroso o a título gratuito, la riqueza está constituida, o el conjunto de las utilidades económicas que pueden ofrecer un bien (propiedad) o por utilidades singulares (derecho de goce).

Como se puede apreciar, en la función económica de los contratos está presente la economía, complementándose con el derecho, cuando se habla de los contratos de cambio, en los cuales la materia de cambio es un dar a título oneroso, tales como la compra venta, con contratos de bolsa, el estimatorio, la permuta, allí está inmersa la economía, así también está presente en los contratos de cambio es decir, de aquellos de servicio que constituyen los de hacer, los contratos de locación, contrato de trabajo, de obra y otros más.

En la función económica de los contratos (García y García, A / Zavala R, D., 2009, pág. 87), se tiene:

A. Función de cambio: se materializa mediante la circulación de bienes, ejemplo de ello: su enajenación, disposición de compra, venta, permuta, sesión onerosa de disposición de compraventa, permuta, cesión onerosa de derechos. Existen además otras cosas que se deben a la circulación, recurriendo a las concesiones de uso temporario de los bienes, locaciones urbanas, arrendamiento rural, sin que medie la tradición traslativa de ellos.

B. Función de crédito: se verifica mediante préstamos de consumo, mutuo, de depósito irregular, de entrega, en guarda con derechos a su uso, de renta vitalicia.

C. Función de custodia: es aquella que se ejerce sobre una cosa ajena que se entrega en guarda y su conservación, como ejemplo, el depósito irregular, siendo similar los contratos de garaje y de guarda de caja de seguridad.

D. Función de garantía: son aquellos tipos contractuales que brindan una seguridad respecto a otro contrato de fianza, libre o solidario, promover de hecho ajeno, contrato por el cual se garantiza el cumplimiento de la obligación.

b. La función jurídica económica de los contratos

Las funciones del contrato son múltiples sin embargo por no ser la esencia misma del presente a manera de corolario nos dirigimos a presentar solo el aspecto referido a la función económica y jurídica así tenemos:

A. “Función económica: es el principal vehículo de las relaciones económicas. La circulación de la riqueza y el intercambio de bienes y servicios se realizan primordialmente a través del contrato”.

B. “Función jurídica: no solo sirve para la satisfacción de necesidades individuales, sino que es además medio de cooperación o colaboración entre los hombres. Se relaciona con el principio de la buena fe”.

El contrato jurídicamente tiene funciones, tales como:

a. Función jurídica

En este aspecto se tiene:

“Función de cambio: circulación de los bienes, mediante contratos traslativos de dominio. Para el perfeccionamiento de esta función es menester la tradición”.

“Función de crédito: generalmente onerosa, a través de contratos de mutuo y, en general, contratos bancarios; excepcionalmente gratuitos, como en el comodato”.

“Función de garantía: contratos accesorios. Ej. Prenda, hipoteca y fianza”.

“Función de custodia: contratos destinados a la guarda y conservación de bienes ajenos. Ej. Depósito”.

“Función laboral: contrato de trabajo, arrendamiento de servicios y mandato”.

“Función de previsión: contratos destinados a precaver riesgos”. Ej. Seguro.

“Función de recreación: Ej. Contrato de transporte con fines turísticos, hotelería, juegos”, etc.

Función de cooperación: esencial en los actos *intuitu personae*, la compensación, aspecto jurídico económico en la complementariedad entre el derecho y la economía.

“La compensación proviene del vocablo latino *compensare*, que a su vez deriva de *pensare cum*, que significa *pesar con*, en el sentido de balancear una deuda con otra. Por ello, en el Digesto 16.2.1. Modestino define a la compensación como la contribución o equilibrio entre un crédito y una deuda. *Compensatio esté debiti et crudita inter se contributio*”.

“En el derecho francés, la compensación se produce de pleno derecho, esto es, por simple coexistencia de las obligaciones recíprocas entre el acreedor y el mismo deudor, así lo establece el artículo 1290° del código de Napoleón, al prescribir que la compensación opera de pleno derecho por la sola fuerza de la ley, aun sin saberlo los deudores” (Osterling P, F. y Castillo F, M. , Lima, pág. 33), la compensación supone dos personas, respectivamente acreedores y deudores (Herrera P, D. y Godenezi A J. , 1999, pág. 327).

La compensación en el derecho es la extinción de las obligaciones por el mero hecho que el deudor compensa al acreedor (Martí y De Eixala, 1838, pág. 354).

“Puede oponerse la compensación por acuerdo entre las partes, aun cuando no concurren los requisitos previstos por el artículo 1288° del Código Civil, los requisitos para tal compensación pueden establecerse previamente” del artículo 1289° de la acotada norma.

En derecho, la compensación es uno de los modos de extinción de las obligaciones que tiene lugar cuando dos personas son deudoras la una de la otra, con el efecto, por ministerio de la ley, de extinguir las dos deudas hasta el importe menor.

Sostiene Osterling, la “compensación es un modo de extinción de las obligaciones que opera cuando dos personas son respectivamente acreedoras y deudoras una de la otra. En virtud de la compensación las dos relaciones obligatorias se extinguen recíprocamente, hasta donde alcance el importe de la menor de ellas”.

“La compensación convencional, se da cuando las partes son recíprocamente acreedoras (yo te debo, pero tú también me debes), bien pueden pensar que es más económico dejar las cosas como están, liberándose de cumplir, y a esto se llama compensación” (Medina Pabón, Derecho civil, pág. 361).

“Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo”, como lo tipifica el artículo 1288° del Código Civil peruano.

La complementariedad está presente en el caso en “un contrato con prestaciones recíprocas o de uno bilateral u oneroso, ambas partes hayan contraído obligaciones con prestaciones recíprocas, fungibles, líquidas y exigibles, e intentasen compensar dichas obligaciones, por ser la compensación el mecanismo que mejor satisface sus intereses” (Osterling, Castillo).

La complementariedad está presente en el ejemplo tomado de Castillo y Osterling, en un contrato de renta vitalicia a título oneroso:

Si Manuel celebra con Carla, a través del cual Manuel se obliga a entregar a Carla la suma mensual de 1000 nuevos soles durante el resto de la vida de Carla, en tanto que esta se obliga a entregar a Manuel dos meses después de la celebración del contrato, la suma de 100,000 nuevos soles. Supóngase que Manuel incumple con entregar a Carla, a su vencimiento, dos mensualidades correspondientes a la renta vitalicia, es decir, le adeudaba la cantidad de 2000 nuevos soles, y persiste en su incumplimiento. Debido a que la obligación de Carla acaba de vencer (por haber transcurrido los meses de plazo convenidos), esta podría optar por compensar las obligaciones. Así, si a Carla, como acreedora de la renta vitalicia, le interesa conservar la relación contractual, pero evitar, además, el desplazamiento de numerario en vista de ser, a su vez,

deudora de Manuel, podría invocar la compensación, con lo que se extinguiría lo adeudado a ella por Manuel y se reduciría su obligación hacia este último hasta el monto de 98,000 nuevos soles. Se ve, pues, cómo en el supuesto analizado reviste sentido la compensación que se produce entre las obligaciones dimanadas de un mismo contrato y carece de argumentos que la impidan, tanto en el plazo teórico como en el práctico. Ahora bien, es consecuencia de este primer requisito de reciprocidad el que un tercero se vea impedido de invocar la compensación, pretendiendo extinguir el crédito o la deuda que tuviese con alguno de los obligados recíprocamente. Se advierte, por lo analizado, que la reciprocidad a la que se refiere la norma no está aludiendo al tema de los contratos con prestaciones recíprocas. Es decir, para efectos de la compensación lo que interesa es que una persona le deba a otra y, a su vez, esta le deba a ella, mas no importa si esa reciprocidad proviene de un mismo contrato o de dos contratos.

“La compensación, entonces, opera cuando se reúnen las condiciones establecidas por la norma entre quienes son mutuamente acreedores y deudores. La ley no admite la intervención de un tercero, de lo que se desprende que sería imposible compensar obligaciones que no sean recíprocas. En cambio, sí se podrían compensar obligaciones que no sean líquidas, u obligaciones que no sean homogéneas o fungibles, u obligaciones que no sean exigibles”

c. El objeto del contrato

El contrato, como toda institución jurídica, se basa en determinados principios, como la autonomía privada o autonomía de la voluntad, el consensualismo, la buena fe, el *pacta sunt servanda* o fuerza obligatoria y el efecto relativo de los contratos. “El objeto del contrato consiste en crear, modificar, regular o extinguir obligaciones. En suma, el objeto del contrato es, en esencia, una fuente creadora de obligaciones de dar, hacer y no hacer” de conformidad con el artículo 1402° del Código Civil. El contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones lícitas y posibles, es un elemento

esencial y común del contrato, pues por ser un acto jurídico no puede carecer de él, ya que ello acarrearía su ineficacia.

“en el contrato el objeto directo es la creación o transmisión de derechos y obligaciones, en el indirecto es la cosa hecho de abstención, es objeto de los contratos la cosa que el obligado debe dar, el hecho que el obligado debe hacer o no hacer. En realidad, la cosa o el hecho son el objeto de la obligación que engendra el contrato” (Soto, 2005, pág. 239).

Un contrato sin objeto resulta incoercible. Siendo el acuerdo de voluntades la expresión de un querer común, su objeto está dado por “lo que se quiere”; interrogarse sobre la existencia del objeto equivale entonces a verificar si “lo que se quiere” se quiere del contrato, de la obligación o bien de la prestación. Si el contrato posee un objeto propio.

El objeto de los contratos debe reunir los siguientes requisitos:

POSIBILIDAD

- Posibilidad física
- Posibilidad jurídica

LICITUD. Ilícito, que no sea contrario a la ley, moral y buenas costumbres. Corretaje matrimonial, herencias futuras, del extranjero para violar leyes extranjeras.

DETERMINACION. Debe estar determinado o determinable al momento del contrato.

PATRIMONIABILIDAD. La prestación debe consistir en la entrega de una cosa susceptible de apreciación pecuniaria.

En este orden de ideas, está en la complementariedad entre el derecho y la economía, el “es”, no el “debe ser” del contrato, nuestra legislación es clara, el objeto del contrato está dado en la tipicidad misma y los que no lo están, hay una ley especial, se refiere a los contratos modernos, los innominados o los *apertus clausus*, siendo estos de tipo y disposición patrimonial.

En tanto, en el Análisis Económico del Derecho, en nuestro país, se habla de lo que puede ser, efectivamente, no lo es, por lo menos no corresponde a nuestra legislación, no corresponde a nuestro orden jurídico, lo que, es más, los ejemplos que se trae a colación corresponden a realidades que no son las nuestras, como es el caso de:

“La demanda interpuesta por una pareja de esposos en New Jersey, exigiendo el cumplimiento de subrogación de maternidad. Con el espermatozoides del marido se había fecundado un óvulo aportado por una mujer, ella no había suscrito el contrato aceptando aportar el óvulo y llevar el concebido durante todo el período de gestación hasta el alumbramiento. La mujer renunciaba por anticipado a todo derecho derivado de la maternidad subrogando sus derechos en la esposa. A cambio, recibía la cantidad de \$10,000.00; por su parte, el marido de la mujer intervino en el contrato a fin de declarar que en el caso no era de aplicación la presunción de que el hijo de una mujer casada tiene por padre al esposo” (Bullard G A. , 2009, pág. 287), señala el autor que pueden ser objeto de un contrato, otros como maternidad subrogada, alquiler de vientre.

Como se puede dar cuenta, y por su propio peso, esos contratos no se dan en nuestro país, no se descarta que podría darse más adelante, sin embargo, no corresponden a nuestra realidad jurídica, en tanto sí los abstrae el Análisis Económico del Derecho.

d. Cumplimiento del contrato

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, según el artículo 1361°, La obligatoriedad de los contratos, se presume que la declaración expresada en

el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla, en tanto, debe tenerse en cuenta que debe ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, aspecto que se detalla en el art. 1362º, concerniente a la buena fe.

“En los contratos con prestaciones recíprocas en que estas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento”, según el artículo 1426º de nuestro cuerpo legal.

“El cumplimiento del contrato parte desde que este es ley entre las partes, esa es la seguridad jurídica entre las partes, es la fuerza vinculatoria, es decir, obliga a las partes a satisfacer las obligaciones asumidas y, en caso de incumplimiento, el derecho contempla mecanismos encaminados a su corrección o compensación” (Arias-Schreiber P, 2000, pág. 13), en donde la fuerza vinculatoria está unida a una expresión latina tradicional, “pacta sunt servanda” sostiene el mismo Arias-Schreiber, en este orden de ideas, el cumplimiento del contrato da seguridad jurídica.

En este ámbito, al tener el contrato como ley entre las partes, brinda la “seguridad jurídica, es saber que cada acto que se realice tiene unas consecuencias jurídicas concretas, seguridad jurídica es saber que los contratos se cumplen y que de no cumplirse ello tiene unas determinadas consecuencias, seguridad jurídica es saber que quien se sitúa fuera de la ley existen unos mecanismos legales, unos mecanismos administrativos para hacer cumplir la ley so pena de sufrir las consecuencias que la ley marque para quienes la incumplen e incluso se da cuenta de la postura del mismo” (Bullard G A. , 2009, pág. 341)

La seguridad jurídica está presente en la complementariedad entre el derecho y la economía, ahora, si se tiene en cuenta el Análisis Económico del Derecho e incluso se hace la pregunta ¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? Desde la aparente y “sana pregunta” ya está presente la mala fe, se incluye dentro de esta nomenclatura

justificadora de un acto premeditado, la noción de eficiencia, sostiene (Bullard G A. , 2009, pág. 316) tratando de justificar bajo la óptica de los beneficios sociales, en donde identifican qué remedios al incumplimiento contractual llevan a un resultado más eficiente, porque no siempre el estricto cumplimiento del contrato llevará a resultados eficientes, sostiene Bullard, es que acaso se está frente a frente a un punto y contrapunto del Common Law y el Derecho Civil; en la posibilidad de reflexión, si se estuviera, se preguntaría, para qué contratar si premeditadamente se va a incumplir; cómo se puede dar cuenta, son sistemas jurídicos distintos, son realidades distintas.

En tanto con el análisis económico del derecho pretenden explicar y predecir el comportamiento humano dadas determinadas reglas legales, asume que el comportamiento humano es el de un ser racional, en este sentido el Derecho es estático, ya que sólo pretende explicar una situación dada o predecir consecuencias y efectos de la realidad, en este aspecto a manera de ilustración presentamos algunos conceptos y derivados de este con respecto al contrato según autores, los cuales nos permitirán dar una mejor apreciación y con mayor objetividad la diferencia de este en un sistema diferente al nuestro, así tenemos.

El contrato es la unidad básica de intercambio, es el sinónimo legal del concepto económico de transacción. (Bullard G A. , 2009, pág. 267), aquí precisa el autor un interrogante ¿Qué puede ser objeto de un contrato? A esto en su texto responde: alquiler de vientres, madres sustitutas, prostitución, pornografía, drogas y otros postres, además el autor sostiene los beneficios de incumplir un contrato, los beneficios que este acto genera, siendo esta conducta catalogada como un incumplimiento eficiente.

2.2.17. La familia

a. Aspectos generales

Consideramos la importancia de esta figura jurídica, de ese sistema de convivencia social de los seres humanos que permite obtener la mayoría de ventajas de la vida en

sociedad, como reza la sentencia popular *“la familia es la base de la sociedad”* por lo tanto la familia como tal además de ser la célula básica de la sociedad es correlativamente la cuna espontánea y natural de producción y consumo, comportamiento de sus miembros, integración y trasmisión de patrimonio común, constituyéndose esta por vínculo, en ese sistema de convivencia social se los seres humanos, todo esto sucede en la familia, en ese entender cíclico desde la etapa del galanteo hasta la constitución misma, todo ello se da los momentos de la vida adulta, se da los despidos, y los divorcios, y se han convertido en los más frecuentes. En el caso del matrimonio quiero dejar a mi pareja si ya no la amo, pero al convertirse en cierto lo recíproco, las parejas se vuelven más precarias.

En la óptica del análisis económico del derecho se habla del “mercado del trabajo y el mercado matrimonial obedecen entonces a la misma lógica: maximizar el beneficio de la unión, manteniendo reserva de dar paso a nuevas oportunidades” (Cohen, 2013, pág. 14).

En la complementariedad no hay referencia al mercado del matrimonio, no hay referencia al mercado de la familia, no hay referencia al homo economicus que entra a esa necesidad enfermiza de todo comprar, de todo vender, amor, cariño, familias, hijos, en donde con ese tipo de conductas, “ese hombre puede llorar con sinceridad ante la desgracia de los demás, y simultáneamente ponerse celoso de aquel que tiene más éxito que él, ese individuo racional que solamente busca satisfacer sus necesidades personales, en el matrimonio también lo consigue (Cohen, 2013, pág. 19).

La significación etimológica de la palabra familia es dudosa, *“para algunos, se deriva de la latina famas, hambre, y alude al hecho de que es en el seno del grupo domestico donde el hombre satisface sus necesidades primarias. Para otros, deriva de la voz fámulos, siervo, y hace referencia al hecho de que la familia romana incluía a gente de condición servil, esclavos, clientes o a los miembros que estaban sometidos a la autoridad”* (Cornejo Ch, 1991, pág. 21).

En nuestra legislación, la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú, enumerado en el artículo 233° del Código Civil. Regulación de la familia.

La familia desarrolla un agente principal en la economía, ya que participa en su totalidad en la compra y venta de bienes y servicios, los cuales buscan un bienestar y satisfacción, este capital humano es importante porque el funcionamiento de la economía actual se basa en la creación, difusión y utilización del conocimiento.

Jurídicamente, la familia puede ser concebida en diferentes sentidos, cada uno de los cuales tiene una importancia mayor o menor dentro del derecho. En el sentido amplio es “el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad”.

“Los aspectos económicos de la vida en familia, aquí la comunidad de vida institucionalizada necesita de una base económica para hacer frente a la satisfacción de las necesidades de sus miembros y de la organización de la vida en común de los mismos. Sería peligroso enfocar la vida de una familia prescindiendo de las bases económicas sobre las que de hecho descansa, tanto la vida de la nueva pareja, como la subsistencia de la familia en cada una de sus fases” (Martín L, pág. 234),

Nuestra legislación, artículo 291° del Código Civil, en lo referente a la obligación unilateral de sostener la familia, es clara y sostiene que, si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo.

Cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro cuando este abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella. En este caso, el juez puede, según las circunstancias, ordenar el embargo parcial de las

rentas del abandonante en beneficio del cónyuge inocente y de los hijos. El mandamiento de embargo queda sin efecto cuando lo soliciten ambos cónyuges. (CAS. -Nº-1737-2015-TACNA)

La complementariedad entre el derecho y la economía se da desde su inicio mismo, funciona “como un mecanismo de defensa frente a todas las agresiones, como las biológicas: el hambre, la sed, la enfermedad; las físicas: el frío, el calor, la intemperie; las del mismo medio social: el abuso de los más fuertes; como el hábitat de amor que todo hombre necesita; como la escuela de formación de huellas indelebles; como unidad de consumo y más aun de producción; en ocasiones, como refugio final ante la adversidad; y siempre como el hogar en que se comparte el amor y la compañía ante todas las peripecias de la vida diaria.

La importancia de la familia estriba principalmente en dos pilares fundamentales para la existencia del ser humano: por un lado, la familia brinda al recién nacido, protección, cuidado y cariño, enseñándole a través de esas cosas las reglas de comportamiento, dónde está el peligro, qué cosas no se deben hacer, cómo ser sano, cómo ser saludable, qué significa cada sensación, etc. Esto es así ya que un bebé (de cualquier tipo, no solo humano) al ser abandonado sin ningún tipo de cuidado o protección de posibles peligros no podría sobrevivir por sí solo. Para los seres humanos, el cuidado y la protección de los padres es necesario hasta la edad de la adultez, momento en el cual se entiende que la persona ya puede valerse y cuidarse por sí misma (en términos de edad, la adultez varía de país en país, pero se suele establecer alrededor de los 16 a 18 años.

El concepto de familia es multidimensional y multidisciplinario, lo que permite que sea estudiada desde una perspectiva integradora, desde la biología la familia nace con el encuentro de dos seres humanos de sexo distinto que se unen con el fin primario de generar la reproducción y que tiene como fin último la conservación de la especie; de igual manera, bajo una perspectiva biológica solo se reconoce como familia la unión de individuos bajo lazos de sangre; en el sentido económico, la concepción de familia

se basa en el término *pecus* que hace referencia al dinero amonedado, así, el sentido de familia apunta desde lo económico hacia la concepción de esta como bien perdurable.

El aspecto económico es importante también de destacar, pues actuó en forma negativa: si hay pobreza y penurias, la violencia surge entre miembros de la familia, sostiene De Chavarría (1991. pág. 213), *“la familia se origina del matrimonio, palabra que en latín significa la protección de la madre, se suele afirmar que esta unión debe ser contraída en libertad y con plena responsabilidad, sin coacción. El amor motiva la procreación y educación de los hijos; faculta la actitud que Adam Smith y otros economistas denominan altruista”*.

Con respecto al matrimonio, *“las aportaciones al nuevo matrimonio, en las sociedades tradicionales está muy clara la idea de que una familia debe asentarse sobre un patrimonio, de modo que cada unión conyugal va unida de las aportaciones de ciertos bienes, en un concepto de dote que aporta la familia de la novia como ayuda para hacer viable económicamente el nuevo matrimonio, y el derecho sucesorio ocupa un lugar privilegiado, al regular la trasmisión de patrimonio de unas generaciones a otras”* (Martín L, pág. 236).

Aquí se da lo que coloquialmente se dice, “el casado casa quiere”, esto se escucha siempre y obedece a una razón, la vivienda es el espacio físico y cultural en el que se hace posible organizar la vida nueva, de modo que se quiebra el llamado “hijo de familia”.

En la familia, específicamente en el matrimonio, se da el régimen económico matrimonial, definido como aquel conjunto de reglas dirigidas a ordenar jurídicamente las relaciones económicas y patrimoniales de los cónyuges entre sí, respecto a terceros; el régimen económico de la familia será el que los cónyuges en su plena libertad fijen, de no establecerse se fijará el de sociedad de gananciales, pero también existirá entre los cónyuges la separación de bienes.

La familia, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, tiene otra connotación, que, por supuesto no obedece a la complementariedad, en este sentido, teniendo en cuenta el AED:

¿Qué es la familia humana? Se pregunta Ghersi, desde el punto de vista económico: una solución financiera única y exclusiva, se trata de financiar el mantenimiento de la prole humana a largo plazo”. ¿Por qué los seres humanos tienen que inventar la familia como una solución financiera? Porque a diferencia del resto de los mamíferos, el cachorro humano, los niños, la prole humana, necesita de un largo período de tiempo para desarrollarse. El perrito, el gatito, en pocos meses se valen por sí mismos; el monito, el leoncito, la hiena, el oso, en pocos meses se valen por sí mismos, el ser humano no, el ser humano necesita años, diez, quince, dieciocho, veinte, no sé; yo conozco tipos que tienen 45 y siguen viviendo con su mamá. (Gheresi, 2008).

Es inextinguible esa relación, psicológica, económica e integralmente el ser humano requiere por un largo período a sus padres, requiere a su madre porque se muere, somos unos monos débiles. Si nuestra mamá no nos cuida, nuestra vida es imposible, sencillamente vamos a morir.

Hay un problema biológico que no tiene el resto de mamíferos, sea consecuencia de nuestra superioridad, de nuestra evolución, somos débiles cuando niños, como son débiles el resto de las especies animales. Esto plantea un problema financiero muy complejo.

La mujer, la hembra humana, debe financiar el mantenimiento de su prole, hacerlo sola le es difícil y costoso, de manera que necesita la cooperación de una pareja. Le es más fácil, de hecho, hacerlo por un período prolongado de tiempo más allá de la mera relación sexual puramente reproductiva. Si logra asociar a su vida, si logra mantener una relación a largo plazo, crear y mantener esta relación a largo plazo

le hace más fácil financiar el mantenimiento de su prole. La familia es una maravillosa creación de la mujer humana que logró desarrollar, así como la sociedad anónima, así como la propiedad privada, una forma cooperativa, una estrategia de conductas cooperativas para financiar a largo plazo el mantenimiento de la prole. Este es un primer hecho biológico, no es ni malo ni bueno. Los seres humanos necesitan un prolongado tiempo para mantener a sus hijos y esto eleva enormemente el costo, el mantenimiento de la prole humana (Gherzi, 2008).

Miren cada uno de ustedes, sostiene Gherzi, en el análisis económico del derecho, y las experiencias de su propia familia.

Las familias tienen hábitos, ven televisión de cierta manera, van al cine junto o no, van a la iglesia o no, comen ciertas cosas o no, tu mamá hace ciertas cosas y tú no sabes por qué, pero las repites; tu papá hace ciertas cosas, no sabes por qué, pero todos las repiten. Las familias tienen hábitos de consumo no solamente alimenticio sino también cultural, ideológico, gente religiosa o no, divertidos bailarines, por ejemplo. Yo tengo unos tíos que son unos bailarines consumados, son unos viejitos bailarines en andador que son un trompo y sus hijos son iguales, todos unos bailarines. Felizmente, una diversidad que da una gran riqueza. Debe tenerse en cuenta, entonces, que en las familias hay dos funciones: toda familia desempeña una función de producción y una de consumo (Gherzi, 2008).

En la complementariedad entre el derecho y la economía, la familia es un agente económico, tanto como unidad consumidora, como unidad productora, como unidad consumidora, la familia demanda bienes y servicios, elige de acuerdo a sus necesidades, a sus ingresos, preferencias; la familia, como unidad productora, se convierte en factor de producción, ofrece su trabajo para hacer posible distintas actividades económicas, por esas actividades recibe ingresos, toman decisiones sobre

cómo gastar los ingresos que reciben, toman decisiones sobre el consumo que realizan dependiendo de los factores como son los ingresos, precios, ahorro, cultura.

Se evidencia la complementariedad en las familias cuando estas construyen empresas, aquí hay una dualidad en el comportamiento de ambos agentes económicos, es decir, la familia y las empresas, aquí, el derecho familiar, el derecho empresarial, las familias y las empresas son instituciones y como tal pertenecen al ámbito jurídico, las empresas son productoras típicas, elaboran bienes, ofrecen servicios, que demandan las unidades consumidoras que son las familias.

b. Los esponsales

La institución de los esponsales, o promesa recíproca de matrimonio, tiene antecedentes en el Derecho Romano, Ulpiano en su obra el “Digesto” los definía como “una promesa que ambas partes se dan recíprocamente de futuro matrimonio”. En el Derecho Canónico se consideró a los esponsales como “una promesa bilateral de matrimonio a semejanza del Derecho Romano”.

Hay diferentes acercamientos conceptuales y de definiciones de esta figura jurídica, a partir del entendimiento de la “definición”, tal como la llama Guastini. (2017, pág. 23) en este contexto trataremos de entender los aspectos significativos, así tenemos que:

“En la Roma de los primeros tiempos, según algunos historiadores, no apareció una nítida separación entre los esponsales y el matrimonio mismo; donde nacen los esponsales es con posterioridad tomando una forma de elemento consensual del matrimonio, y siendo la *deductio puellae* la ejecución o cumplimiento mismo del contrato” (Belluscio, 1987, pág. 115).

“Existe promesa de matrimonio cuando dos personas se manifiestan recíprocamente la voluntad de contraer matrimonio en el futuro, no se trata de simples manifestaciones de deseos, sino de una seria voluntad, y en el orden jurídico, la figura se recibe de los

hábitos y costumbres sociales en los cuales se introdujo como comienzo de una fase de preparación del matrimonio” (Diez P, L. y Guillén, A. , 1990, pág. 88).

Al cruce de promesas matrimoniales se le ha denominado tradicionalmente “esponsales”, *“el término sponsales (sponsalia) en Derecho Romano es la promesa de unirse en matrimonio con una determinada persona, que puede realizarse de diversas formas y que produce una serie de efectos jurídicos” (Bernard M, 2006, pág. 527).*

“Los sponsales son conocidos más frecuentemente con la actual denominación de compromiso matrimonial” (Agüero de Juan, 1996, pág. 11).

En el Digesto de Justiniano, “el jurisconsulto romano Florentino, enseña que son la mención y mutua promesa de futuras nupcias. Esa promesa se realizaba mediante un contrato verbal solemne, llamado *sponsio* y de allí deriva el nombre de sponsales”.

En nuestra legislación, artículo 239° del Código Civil, prescribe:

La promesa recíproca de matrimonio no genera obligación legal de contraerlo, ni ajustarse a lo estipulado para el caso de incumplimiento de la misma”, en tanto la acotada norma legal, en el artículo 240°, prescribe, “en los efectos de la ruptura de promesa matrimonial”, “si dicha promesa se formaliza indubitadamente entre personas legalmente aptas para casarse y se deja de cumplir por culpa exclusiva de uno de los promitentes, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o a terceros, aquel estará obligado a indemnizarlos.

La acción de sponsales, la misma norma legal acota “que debe de interponerse dentro del plazo de un año a partir de la ruptura de la promesa”.

Dentro del mismo plazo, cada uno de los prometidos puede revocar las donaciones que haya hecho en favor del otro por razón del matrimonio proyectado. Cuando no sea posible la restitución, se observa lo prescrito en el artículo 1635°.

Como podemos apreciar de nuestra legislación se desprende y está inmersa la complementariedad del derecho y la economía, en el aspecto jurídico, se evidencia que en esta figura no se genera obligación legal de contraer el matrimonio, sin embargo al haberse formalizado la promesa indubitadamente entre las personas que cumplan con los requisitos y este se deja de cumplir, ocasiona daños y perjuicios al otro e incluso a terceros, por este hecho el que incumple debe de indemnizarlo, aquí vemos un resarcimiento económico.

Este resarcimiento económico, no es de ahora, ni se pensó bajo los parámetros de la microeconomía, estos aspectos se fijaron incluso desde tiempos ancestrales con la finalidad de que la persona honre sus compromisos, *“este compromiso se encontraba garantizado por medio de una estipulación mediante la que las partes se comprometían a pagar una cantidad de dinero a título de pena en caso de ruptura de promesa”* (stipulatio poenae), la palabra se respetaba, era deshonesto, por lo tanto el incumplimiento tiene efectos jurídicos que se complementan en lo económico.

c. Las uniones de hecho

Las uniones de hecho, en general, han existido en el ordenamiento peruano desde el incanato, en donde se les reconocía como “servinacuy”.

En el sentido restringido, puede conceptuarse como *“la convivencia habitual, esto es, continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad de la mujer y sin impedimento para contraer matrimonio”* (Cornejo Ch, 1991, pág. 71).

El reconocimiento de esta situación se ha dado a través de los diversos textos legales que ha tenido el ordenamiento desde entonces, exceptuando el Código Civil de 1852 que no la contiene porque adopta la doctrina canónica; así es recogida en el Código Civil de 1936, en la Constitución Política de 1979, en la vigente de 1993 y en el Código Civil de 1984.

“Las uniones de hecho surgieron como instituto jurídico para proteger a los concubinos, heterosexuales, que se veían desprotegidos económicamente ante las posibles deserciones de la vida común respecto de uno de los dos. Pero sigue emulando a la naturaleza en cuanto a la unión de personas de sexo diferente” (Estrella V, 2014, pág. 92)

Etimológicamente, el término ‘concubinato’ deriva del latín *concubinatus* del verbo infinitivo *concubere*, que “literalmente significa dormir juntos o comunidad de hecho, se trata de una situación fáctica que consiste en la cohabitación de un varón y una mujer para mantener relaciones sexuales estables”.

Sostiene Aguilar (pág. 4, 2015) “*el término concubinato significa dormir juntos y conceptualmente alude a una de las vías cómo se forma la familia; y, en este caso, se refiere a la relación entre un hombre y mujer, que sin estar casados viven como si lo fueran*”.

Las uniones de hecho exclusivamente con el concubinato, se legisla en la Constitución Política del Perú, en el artículo 5º, al referirse a las uniones de hecho, alude a la relación de un hombre y una mujer que viven como casados sin estarlo, cuyo artículo prescribe: "La unión establece de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable"

Esta figura jurídica, se legisla en el Código Civil en su artículo 326°, artículo modificado por la Ley N°30007, en lo referente a los “derechos sucesorios del aron y de la mujer, libres de impedimento matrimonial, que conforman la unión de hecho”.

Estos aspectos tienen en cuenta primero lo jurídico, y como consecuencia de ello viene lo económico, pero resaltamos no nos presentan en primer orden, el llamado por dinero antes que por amor, que más que ser una convivencia se las parejas estarían eligiendo el lucro, la ganancia, que metafóricamente equivaldría, “pongo mi empresa y si me va mal la cierro”, convivo y si me va mal me separo, pero ese me va mal, no atañe a que se acabó los sentimientos, sino que no es como esperaban económicamente, al inicio de todo la ley existe antes que lo económico, pues es de entenderse que estos son los efectos jurídicos.

d. El matrimonio

El matrimonio, es una institución jurídica constituida por la unión legal del hombre y la mujer, basada en una relación de derechos y obligaciones recíprocas, fundadas en el afecto mutuo e instituido con el propósito de organizar una familia, *“el matrimonio es la institución más importante del derecho y la familia, se encuentra en todas las culturas y civilizaciones como base de la familia y como garantía de la perpetuidad de la especie”* (Meza: 1990, pág. 21), es el consorcio de un hombre y una mujer, conforme a las leyes comunes, a las costumbres establecidas en los pueblos, se entiende que constituye la piedra fundamental de la familia.

En nuestra legislación, en el artículo 234° del Código Civil. La noción del matrimonio, se señala que “el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común”.

“El matrimonio como comunidad de vida entre dos personas, no tiene, en principio, o no debería tener, una finalidad patrimonial, sino ciertos propósitos y objetivos de

marcado carácter personal, pero estos designios no podrían lograrse sin unos medios económicos para satisfacer las necesidades familiares” (Martín L, pág. 125).

Sostiene Leach (2016, pág. 64), *“en la economía del matrimonio, el matrimonio, sin lugar a dudas, es una proyección material pecuniaria que exige una regulación específica de los medios económicos que sirven para tal fin”*, el matrimonio, en cuanto a la relación derecho y economía, se insertan de manera natural, en lo referente a las la carga de la sociedad conyugal, los bienes patrimoniales, las deudas contraídas por la unidad familiar, los deberes y obligaciones de los padres, en la complementariedad entre el derecho y la economía se da, entre otros aspectos, cuando nuestra legislación dictamina que son de cargo de la sociedad, tal como lo describe el artículo 316° del Código Civil, en el caso de la responsabilidad por deudas de la sociedad, aspecto que describe el artículo 317° del Código Civil, *“los bienes sociales y, a falta o por insuficiencia de estos, los propios de ambos cónyuges, responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad”*.

En la complementariedad del derecho y la economía, esta figura jurídica entre otros aspectos, los cónyuges se obligan mutuamente a alimentar a sus hijos, tienen la obligación de sostener a su familia, optan por la sociedad de gananciales o bienes propios. Se fija las normas para sus efectos jurídicos que por su naturaleza genera aspectos económicos.

En el enfoque del análisis económico del derecho, Becker, sostiene *“la economía es la base del matrimonio”* y en una entrevista responde con respecto a la familia y al matrimonio:

En todo caso, ¿se trataría de una relación entre la felicidad y la economía?

G.B.: Es que el término economía es muy amplio. No es sólo dinero. Es también amor. Yo he hablado acerca de cosas como el amor, la obligación, la compatibilidad sexual; todas estas cosas tienen que

entrar dentro de la economía. Eso es lo que quiero recoger dentro de la economía. Yo trato de expandir los límites de lo que es la economía para hablar no sólo de dinero, no sólo de dólares o centavos.

Pero a nivel mundial, sería muy difícil incluir todo esto en la economía.

G.B.: Claro, porque en el mundo, la economía es mucho más importante que el amor. Si el Perú realiza un intercambio comercial con un país vecino, no lo va hacer por amor sino porque está esperando mejorar su situación. Lo mismo pasa en los Estados Unidos.

¿Usted cree que nosotros firmamos el Acuerdo porque amamos a México y Canadá? No. Ellos tampoco lo hicieron porque nos aman. Nosotros lo hicimos porque pensamos que podríamos mejorar nuestro comercio con ese acuerdo. Y así, mucho de lo que se hace alrededor del mundo no es por amor. Parte del mundo es amor; dentro de la familia, por ejemplo. Adam Smith, el más famoso de los economistas. Dijo en 1776 que en la mayoría del mundo usted no puede conseguir las cosas basado sobre el amor sino sobre la base de la creencia de que cada persona mejorará por el intercambio. Y en todo el mundo es así. No es por amor.

Usted también ha dicho que las parejas actúan como dos naciones que comercializan entre sí...

G.B.: Algo similar. Algunas relaciones son así. Yo discuto aquello que llamo la división de la labor, la especialización. Algunas tareas son hechas por un miembro de la familia y otras por el otro. La pregunta que yo me hago es: ¿por qué es que las mujeres hacen un tipo de trabajo y los hombres otro? Y, ¿cómo cambia esto cuando la circunstancia económica cambia? ¿Cómo el desarrollo económico cambia lo que las

mujeres hacen comparado con lo que hacen los hombres? Para mí, eso es sentido común. A mí me gusta llamar a mi economía, la economía del sentido común. Sin embargo, usted tiene que ir más lejos que el sentido común para entender cómo alguna de esas cosas cambia cuando la economía cambia (Becker, 1992).

En este sentido, Roemer, sostiene, *“el trabajo fundamental de Becker en la economía del matrimonio se basa en las ganancias que las personas casadas perciben de la producción de la unidad familiar en cuanto al hogar, así como de la división del trabajo”*. (Roemer: 2005; pág. 106), en tanto, Posner, sostiene, *“en el análisis económico de la familia se funda en la precepción que el hogar no solo es una unidad de consumo, sino que es más importante, una unidad de producción en la sociedad”* (Posner: 1998, pág. 135), aquí la institución familiar, se evidencia en aspectos extremadamente económicos, en aspectos tan comunes e inocentes, como: te regalo una bicicleta si te sacas 20, has esto y te pago, los llamados incentivos es decir siempre debe haber algo por algo, e incluso el niño más inocente, estira sus brazos y grita con todas sus fuerzas, mamá te amo y no paso ni un minuto y de pronto, ¿mamá tienes cinco soles?

e. Aproximación diferencial de la familia en complementariedad y el AED, según la doctrina

LA FAMILIA EN LA COMPLEMENTARIEDAD	LA FAMILIA EN EL AED
<p>La familia es institución natural que surge con anterioridad al derecho, es la base de toda comunidad humana por lo tanto de constituye en la base, en la célula fundamental de la sociedad, sin distinguir el tipo que esta sea, nuclear, parental, mono parental o reciclada, en donde cabe destacar el modelo típico que toma el legislador es la familia nuclear.</p> <p><i>De acuerdo con los científicos, existen varias versiones que dan cuenta del origen etimológico de la palabra familia, sin que haya verdadera unidad de criterios frente a este aspecto, algunos consideran que la palabra Familia proviene del latín familiae, que significa “grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens (Hacia un concepto interdisciplinario de la familia, 2014)</i></p>	<p>“Empiezo señalando lo que sostiene Ghersi</p> <p><i>“Como en el caso de las teorías de las fuentes del Derecho, la teoría económica trata de plantear una aproximación al Derecho de familia esencialmente distinta, en algunos casos divergente, con lo que es la visión tradicional de lo que es el derecho de familia”</i> (Gheri, 2008).</p> <p><i>“La familia es una organización económica creada con propósitos económicos, luego la familia, como institución jurídica, debe, según la teoría económica, cumplir algunas funciones”. En este contexto sostiene Ghersi, “hemos explicado desde el principio que el Análisis Económico del Derecho parte de una hipótesis general: suponer que el derecho tiene una función económica consistente en reducir los costos de transacción, y que todas las instituciones jurídicas tienen como función reducir los costos de transacción, es decir, incrementar la disposición de información y reducir la cantidad de</i></p>

<p>La familia se considera prioridad de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad, asimismo es de orden público la protección legal y judicial de lo económico, social o culturalmente débiles frente a quienes se hallan en la situación contraria.</p> <p><i>La Familia es el grupo de dos o más personas que coexisten como unidad espiritual, cultural y socio-económica, que aún sin convivir físicamente, comparten necesidades psico-emocionales y materiales, objetivos e intereses comunes de desarrollo, desde distintos aspectos cuya prioridad y dinámica pertenecen a su libre albedrío: psicológico, social, cultural, biológico, económico y legal</i> (Oliva G, E/ Vera J VILLA Guardiola, 2014).</p> <p><i>La familia es el determinante primario del destino de una persona. Proporciona el tono psicológico, el primer entorno cultural; es el criterio primario para establecer la posición social de una persona joven. La familia, construida como está sobre genes compartidos, es también la depositaria de los detalles culturales compartidos, y de la confianza mutua”</i> (Reynaldo Gutiérrez Capulín*, Karen Yamile Díaz Otero* y Rosa Patricia Román Reyes*, 2014)</p> <p>La observación y análisis de las familias, en la actualidad, comprende múltiples aspectos intrínsecos y extrínsecos, como núcleo fundamental de la sociedad, es deber del Estado darle protección y propender a su fortalecimiento, La familia es un grupo social, organizado como un sistema abierto, constituido por un número variable de miembros, que en la mayoría de los casos conviven en un mismo lugar, vinculados por lazos ya sean consanguíneos, legales y/o de afinidad.</p> <p>La familia es un ente de autónomo, titular de derechos y obligaciones como sujeto unitario, diverso e independiente de cada uno de los miembros que la componen, de ninguna manera, es una organización económica creada con propósitos económicos, que debe, según la teoría económica, cumplir algunas funciones sobre todo económicas, por el contrario, es una institución basada en el amor, afecto, respeto, que vincula a cónyuges y descendientes bajo fórmulas de autoridad, afecto y respeto, con el fin de conservar, propagar y desarrollar la especie humana en todas las circunstancias de la vida.</p> <p>Es importante señalar que la familia siempre será una entidad en constante cambio en razón a las variaciones en las dinámicas sociales que la atraviesan, pero que independientemente de estas, generalmente ha conservado las funciones que en todas las sociedades le han sido asignadas como institución primaria para la transmisión de valores y tradiciones (socialización primaria), producción, reproducción, protección de la vida, control social y que con los cambios contextuales se transforma la manera en que se desempeñan.</p>	<p><i>tiempos necesarios cada vez que se utilizan los mercados”</i> (Gheri, 2008).</p> <p><i>“¿Qué es la familia humana? Se pregunta Gheri, desde el punto de vista económico una solución financiera única y exclusivamente. Se trata de financiar el mantenimiento de la prole humana a largo plazo”</i> (Gheri, 2008).</p> <p><i>“Para la economía, la Familia se estudia más claramente al considerarla como una pequeña fábrica (Becker G, citado por Miró Roca solano, P) constituye una institución que basa su existencia en la previsión de costos, gastos monetarios y de ingresos, que llevan a sus miembros, por ejemplo, a considerar a cada hijo como bienes de consumo o como generadores en presente de gastos de inversión que se proyectan como inversión a futuro, considerando correlativamente los ingresos que se han de percibir y la asistencia en la enfermedad y vejez. Por lo anterior se cree que en los países más desarrollados hay un más bajo índice de natalidad”</i> (E, 2014)</p> <p>Como podemos deducir de lo anotado, con el AED, se trata a la familia como un patrimonio, aquí las personas pueden ser objeto de contrato, se puede alquilar sus vientres, se puede alquilar madres sustitutas, se puede salir de un problema económico prostituyéndose, se puede comprar y vender pornografía, la familia no importa, se puede vender o comprar droga con facilidad, sin importar las consecuencias, no importa si se destruye o no la familia.</p> <p><i>“El derecho de reproducción no concede por sí solo la titularidad al padre natural y la esposa tener la custodia del menor procreado, llama marañas morales y éticas a la defensa de la familia, aquí las personas se enamoran, tienen hijos, se casan, fuman, se divorcian o se suicidan, porque tales actos tienen beneficios superiores a los costos que implican, haciendo una evaluación del costo beneficio.</i></p> <p>El enamoramiento es consecuencia de un análisis costo beneficio. El placer de la compañía a la que se ama parece beneficio suficiente para asumir todos los problemas que una situación plantea, solo cuando los costos mencionados superen los beneficios del amor, la relación termina, las conductas normalmente no patrimoniales pueden estar predeterminadas y predichas en base a elementos económicamente analizables, es posible que se desarrollen mercados de capacidad reproductiva, el aumento de la capacidad reproductora puede afectar las tasas de crecimiento poblacional, trayendo consigo factores como la sobrepoblación, el análisis económico de la familia se funda en la percepción de que el hogar no es solo una unidad de consumo, sino que es más importante, una unidad de producción en la sociedad.</p> <p>El alimento, la ropa, los muebles, las medicinas y otros bienes del mercado que la familia compra son insumos de producción de nutrimento, calor, afecto, hijos y otros bienes tangibles e intangibles que constituyen la producción de la unidad familiar, el factor más importante es que la familia facilita la división del trabajo, lo que genera ganancias producto de la especialización, los hijos son el “producto final”, es posible tratarlos como el insumo de otros productos.</p>
--	--

2.2.18. Petición de herencia

En el derecho constitucional a la herencia y las acciones sucesorias expresa el artículo 2º, inciso 26 de la Constitución Política del Estado de 1993 que “Toda persona tiene derecho a la propiedad y la herencia”. Existe una garantía constitucional de carácter sucesorio, ya que la propiedad privada está íntimamente vinculada a la herencia. *“La petición de herencia está inserta por antonomasia en el derecho sucesorio, la palabra sucesión proviene del verbo latino succedere y del correspondiente sustantivo succesio y en sentido gramatical expresa, principalmente, la acción y efecto de entrar una persona a ocupar el lugar de otro, sustituyéndola”* (Lanatta, 1969, pág. 13).

La petición de herencia es una acción por la cual el heredero reclama la entrega de los bienes que componen el acervo sucesorio de quien los detenta invocando también derechos sucesorios, la transmisión sucesoria se produce en el instante mismo del fallecimiento del causante, “es decir que desde ese momento sus sucesores universales son propietarios de todas los bienes que componen la herencia, aunque fueran incapaces o ignorasen que la herencia les ha sido deferida, y de ese modo entran en posesión de la herencia; sin importar al presente estudio, si lo hacen de pleno derecho o por decisión judicial”.

Como “antecedentes históricos, previo al análisis de la petición de herencia en nuestro derecho, consideramos de interés hacer una referencia al Derecho romano, en donde se elaboraron los principios que rigen esta materia, y que ha sido fuente de nuestro codificador. Se hace necesario recordar que, en ese derecho, la herencia es la subrogación en la personalidad patrimonial del difunto; de este modo el heredero es propietario de las cosas corporales, acreedor de los créditos y deudor de las deudas que forman el patrimonio del causante”.

Podemos definir “la petición de herencia diciendo que es una acción real por la cual alguien que se pretende llamado a una sucesión mortis causa como sucesor universal, reclama la entrega total o parcial de los bienes que componen el acervo sucesorio, como consecuencia del reconocimiento de su derecho sucesorio, de aquél o aquéllos que invocando también esos mismos derechos han tomado posesión de todo o de parte de los objetos sucesorios que la componen conduciéndose como sucesores universales del causante o como causahabientes de semejantes sucesores, y también de aquél o aquellos parientes de igual grado que les rehúsan reconocerle el mismo carácter”.

En cuanto a la sucesión legal o intestada, nuestro Código Civil de 1984 establece la sucesión de órdenes en el artículo 816º, del modo siguiente: “Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grado de consanguinidad”.

El cónyuge también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo. En el artículo 816º aparecen enunciados seis órdenes sucesorios de los herederos legales:

- Los hijos y demás descendientes; los padres y demás ascendientes
- El cónyuge sobreviviente.

La transmisión de la masa hereditaria a favor de los sucesores opera *ipso iure* en el mismo instante de ocurrida la muerte biológica del causante, o en su caso, de la fecha probable contenida en la resolución judicial que declara la muerte presunta, artículos 660, 60 in fine, 64 y 65 del Código Civil.

No siempre dicha transmisión *ipso iure* concuerda con el tiempo, con la posesión real y efectiva de los bienes y derechos que corresponde a los

causahabientes. No hay siempre coincidencia entre la situación de derecho y de hecho, y eso se debe a variadas circunstancias, bien porque los bienes se encuentran en poder exclusivo de otro coheredero o de un tercero, que se niegan a compartirlos o a devolverlos, por lo cual se hace necesario el empleo de medios de defensa que la ley franquea y que son de naturaleza procesal. Esos medios legales se denominan acciones sucesorias.

Por lo tanto, lo que califica a la acción petitoria de herencia es que la demanda se funda en el título de heredero, la calidad de heredero es entonces presupuesto para el amparo de la demanda, empero, no constituye requisito de procedibilidad. *“Para interponer la acción petitoria de la herencia no es requisito esencial haber sido declarado heredero, sino que dicha acción puede ser ejercida por aquél que no habiéndolo sido, se considere con derechos sobre el acervo hereditario. Para ello deberá acumular a su acción de petición de herencia la de declaratoria de heredero.”*. Casación número 985-98, del 17 de noviembre de 1998: Corte Suprema de la República.

En este aspecto la figura jurídica en estudio tiene como preocupación trascendente del hombre de procurar, para después de su muerte y mediante la trasmisión de su patrimonio, la seguridad económica de sus más cercanos familiares y de quienes dependen de él o gozan de su afecto, así como el legítimo interés y la necesidad de estas personas de continuar disfrutando de recibir el correspondiente beneficio.

2.2.19. Acto jurídico

Antes de entrar al tópico en estudio, que es solo referencial al obedecer a la temática en estudio, mas no la profundización del mismo, en este sentido es necesario comprender el contexto que este lo origina es decir el acto jurídico, para lo cual realizara algunas presiones, en cuanto a su esfera conceptual, se denomina acto jurídico al acto humano, voluntario y consciente que tiene como finalidad establecer

relaciones de tipo jurídico entre las personas, como ser, entre otras, crear, modificar y extinguir derechos, entonces la característica principal del negocio jurídico es la declaración de la voluntad unilateral o plurilateral de las personas que intervinieren en el negocio jurídico y que es reconocida por el ordenamiento jurídico. A partir de las anteriores definiciones podemos encontrar entre ambas denominaciones tres distinciones.

El acto jurídico al ser una manifestación de voluntad abarca tanto los actos lícitos como los ilícitos, mientras que el negocio jurídico solo comprende los actos lícitos. Podemos concluir que todo acto jurídico no siempre es negocio jurídico porque comprende tanto actos lícitos como ilícitos, en cambio el negocio jurídico siempre será un acto jurídico.

La manifestación de voluntad, en el acto jurídico, esencialmente debe emanar de un sujeto capaz, pero para que el acto jurídico llegue a tener plena validez se requiere además de un “objeto”, y que, por ello, se constituye también en un elemento esencial.

El inc. 2 del art 140 del Código Civil precisa que el acto jurídico, requiere para su validez, de un objeto física y jurídicamente posible, y que además sea determinable, según el inc. 3 del art. 219, precisando el art. 140 del Código Civil, el objeto del acto jurídico es la relación jurídica, la cual también se encuentra incluida en el art. 1351 y 1402; a su vez, la relación jurídica tiene por objeto a la prestación, y la prestación Tiene Por Objeto A Los Bienes, Los Derechos, Los Servicios Y Las Abstenciones. (Texto Único De La Ley Del Procedimiento Administrativo General Del Perú Actualizado (2019)

Vidal Ramírez, sostiene, que el acto jurídico es un hecho jurídico voluntario, lícito, con manifestación de voluntad y efectos queridos que responden a la intención del sujeto de conformidad con el derecho objetivo (Vidal R, 2000, pág. 38)

En nuestra legislación, en el libro II, con respecto al acto jurídico, título I, se tipifica en el artículo 140.- Noción de Acto Jurídico: elementos esenciales

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1.- Agente capaz.
- 2.- Objeto física y jurídicamente posible.
- 3.- Fin lícito.
- 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Artículo 141.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27291, publicada el 24-06-2000, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 141.- Manifestación de voluntad

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.”

“Artículo 141-A.- Formalidad

En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.” Es un artículo adicionado por el artículo 2 de la Ley N° 27291, publicada el 24-06-2000.

Artículo 142.- El silencio

El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

Forma del Acto Jurídico

Artículo 143.- Libertad de forma

Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.

Artículo 144.- Forma ad probationem y ad solemnitatem

Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.

a. Nulidad de acto jurídico

El acto jurídico es nulo: Cuando falta la manifestación de voluntad del agente, este referido a aquellos actos jurídicos donde prácticamente la declaración es una ficción,

nada es querido, no es deseado por los supuestos celebrantes, cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

De conformidad con lo establecido por el inciso 1 del artículo 219 del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando falta la manifestación de voluntad del agente. Sin lugar a dudas, esta causal de nulidad mantiene vigencia absoluta en cuanto a los diversos medios tecnológicos utilizados en la contratación contemporánea, dado que ante la ausencia de manifestación de voluntad por parte del agente no podríamos estar en presencia de acto jurídico ni de contrato alguno (ya que el contrato es un acto jurídico).

“Es nulo el negocio al que le falte un requisito esencial, o bien sea contrario al orden público o a las buenas costumbres, o bien infrinja una norma imperativo, por tanto la nulidad expresa o textual, es aquella que consta en el texto de normas jurídicas, la nulidad tacita o virtual, es aquella que no consta expresamente en el texto de la norma, pero que puede desprenderse fácilmente de el a partir de la aplicación de la regla de interpretación, o del argumento a contrario” (Rubio, 2003, pág. 17).

“El acto nulo, pues, no requiere de pronunciamiento judicial. Solo si una de las partes que lo celebros pretende su validez, corresponderá al juez declararla, sin que la sentencia que reconozca la nulidad tenga un carácter constitutivo, sino meramente declarativo” (Rubio, 2003, pág. 26).

Sostiene el citado autor, la acción de nulidad del acto jurídico procede en el Perú, por las causales establecidas en el artículo 219 del Código Civil y, según el artículo 2001, prescribe a los diez años. También puede ejercitarse la nulidad en vía de excepción, aunque el código no lo diga expresamente, por lo demás el acto jurídico nulo no puede ser ratificado, ni confirmado, según el artículo 220 del Código Civil en su parte final.

Las causales de nulidad del acto jurídico, dentro del Código Civil Peruano, están contempladas en su artículo 219. Dichas causales son las siguientes:

Falta de manifestación de voluntad del agente, como es sabido, la doctrina moderna acepta, en forma casi unánime, que los elementos del negocio jurídico, entendidos estos como los componentes que conforman el supuesto de hecho, son la Declaración de Voluntad o conjunto de declaraciones de voluntad y la Causa, entendida esta, según un sector cada vez más amplio, como la finalidad o función objetiva que justifica el reconocimiento de determinado acto de voluntad como negocio jurídico, es decir, como capaz de producir efectos jurídicos.

Incapacidad Absoluta, la segunda causa de nulidad está referida al supuesto de que el sujeto sea incapaz absoluto. Tratándose obviamente de la Incapacidad de Ejercicio. Este segundo supuesto de nulidad, dado su simplicidad, no requiere de mayor comentario ni siquiera en lo relacionado con la excepción contemplada en el artículo 1358 del Código Civil. No obstante, lo cual debemos incidir, y esto sí es muy importante, en que se trata de un supuesto de nulidad por ausencia de un Requisito y no de un Elemento del negocio, cual es la capacidad de ejercicio, que aun cuando no constituye un elemento, debe concurrir con los elementos para que el negocio jurídico sea válido, ya que la capacidad de ejercicio es un requisito que debe reunir el sujeto, entendido como presupuesto o antecedente del negocio jurídico.

Objeto Física o Jurídicamente Imposible o Indeterminable La tercera causal de nulidad contemplada en el artículo 219 está referida directamente al Objeto del Negocio Jurídico, en forma tal que para poder entender.

Fin Ilícito Según el inciso 4° del artículo en estudio, el acto jurídico será nulo cuando su fin sea ilícito. Esta disposición guarda armonía con el inciso 3° del artículo 140 que señala que para la validez del acto jurídico se requiere un fin lícito. Pues bien, en este caso, y al igual que con la causal anteriormente estudiada, para poder determinar el alcance de esta nueva causal de nulidad, deberemos conocer a ciencia cierta cuál es el concepto de *fin* incorporado en el nuevo Código Civil.

Simulación Absoluta Según el inciso 5° del artículo 219° el acto jurídico será nulo cuando adolezca de Simulación Absoluta. Como es sabido, para la casi totalidad de los civilistas la Simulación no consiste sino en un caso de Discrepancia entre la Voluntad Declarada y la Voluntad Interna, realizada de común acuerdo entre las partes contratantes, a través del acuerdo simulatorio, con el fin de engañar a los terceros. En forma unánime la Doctrina distingue dos clases de simulación: La Simulación Absoluta en que existe un solo negocio jurídico denominado *Simulado*, y la Simulación Relativa en que detrás del negocio simulado permanece oculto un verdadero negocio jurídico que se denomina *Disimulado*. Tanto en el supuesto de la Simulación Absoluta como en el de la relativa el Negocio Jurídico Simulado es siempre nulo por cuanto no contiene la verdadera voluntad de las partes contratantes, mientras que en la simulación relativa el negocio Disimulado, en la medida en que contenga todos sus requisitos de sustancia y forma será siempre válido por ser un negocio jurídico verdadero y real que contiene la auténtica voluntad de las partes contratantes.

Ausencia de Formalidad prescrita bajo sanción de Nulidad La causal de nulidad contemplada en el inciso 6° del artículo 219° está referida al supuesto de que en un Negocio Jurídico Solemne o con Formalidad Ad Solemnitatem, no concurra la forma dispuesta por la Ley bajo sanción de nulidad, en cuyo caso el negocio jurídico será nulo por ausencia de uno de sus elementos o componentes. Como lo hemos afirmado anteriormente, los dos únicos

elementos comunes a todo negocio jurídico son la Declaración de Voluntad y la Causa. Sin embargo, existen determinados negocios jurídicos, que además de dichos elementos, requieren para su formación del cumplimiento de una determinada formalidad, que la ley impone bajo sanción de nulidad. (Taboada)

2.2.20. Indemnización

Indemnizar quiere decir poner a una persona, en cuanto sea posible, en la misma situación en que se encontraría si no se hubiese producido el acontecimiento que obliga a la indemnización.

La indemnización es la compensación que se le entrega a una persona como consecuencia de un daño que se haya recibido.

Existen dos tipos de indemnizaciones, las cuales se diferencian en cuanto al tipo de daño producido, por un lado, la indemnización contractual, la cual será solicitada por el acreedor cuando haya existido un incumplimiento en cuanto a normas oportunamente estipuladas en un contrato suscripto por su parte y por la parte deudora y luego está la indemnización extracontractual, la cual se dará a lugar cuando existe un daño o perjuicio hacia otra persona o hacia un bien propiedad del acreedor y no media un contrato. (Central Canarias de Servicios Jurídicos)

Se denomina indemnización a una compensación económica que recibe una persona como consecuencia de haber recibido un perjuicio de índole laboral, moral, económica, etc. Cuando se habla de indemnización generalmente se lo hace desde la emisión de un dictamen de la justicia, que ordena se le abone un determinado monto a una persona, empresa o institución, con el fin de paliar una determinada situación de injusticia que esta ha sufrido. No obstante, también pueden existir indemnizaciones automáticas, que se realizan cuando se dan una serie de circunstancias que la ley contempla de antemano.

"Si el deudor no cumple su obligación cuando y como debiera, el acreedor tiene el derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios, es decir, una suma en dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido del cumplimiento efectivo y exacto de la obligación, a título de indemnización por el perjuicio sufrido"

La indemnización, para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida. Por eso, el acreedor tiene el derecho de exigir las pérdidas sufridas y las utilidades frustradas.

CAPÍTULO 3: CONSECUENCIAS

3.1. Consecuencias de la implementación de la propuesta

Consideramos que la propuesta del presente trabajo pretende explicar las siguientes consecuencias:

3.1.1. *En el ámbito político*

Si tenemos en cuenta la obra titulada “*la política*” de Aristóteles, la palabra política tiene su origen en la Grecia antigua, en donde se tenía una marcada diferencia del ámbito público y privado, se precisaba la valoración del pensamiento del hombre e incluso de dejaba entrever que el hombre es un animal político por naturaleza, su actuar mismo generaba consecuencias, es decir su finalidad política tenía marcadas consecuencias, en este sentido seguir en esta marcada confusión doctrinaria entre lo que es derecho – economía, con el análisis económico del derecho, en este sentido dejamos constancia de la trascendencia política del trato doctrinario en lo referente a tratar el derecho y la economía bajo la premisa del análisis económico del derecho, el Poder Legislativo tendría que modificar la legislación, es decir estaríamos entrando en la derogación o abrogación del Código Civil, esto dependiendo el contexto teniendo en cuenta la diferencia entre estas, es decir la abrogación y derogación son tópicos diferentes, como diferentes es el derecho y la economía con respecto al análisis económico del derecho, consideramos que legislar en el aspecto civil en el derecho y la economía es diferente a hacerlo desde la concepción misma del análisis económico del derecho, se debería considerar que tan apropiado es entrar de plano a un sistema jurídico distinto al nuestro, se tendría que analizar objetivamente sus implicancias y si estamos preparados para ello.

En este sentido el Congreso de la Republica, tendría la imperiosa necesidad de formular un proyecto de ley y por su puesto contar con la aprobación necesaria y convertir en ley sus expectativas de cambiar nuestro sistema jurídico, nuestro derecho consuetudinario, los principios, teoría, doctrina y sobre todo nuestro *modus vivendi*, estos aspectos que al darse

no deberían modificar ni desnaturalizar lo hasta ahora obtenido un derecho con valores, que recordando lo expresado por Juan Pablo Segundo en su vista al Perú, textualmente dijo que el Perú es la reserva moral de América Latina, en este sentido es hilar y tejer con pinzas para no convertirnos en una sociedad en donde el factor preponderante sea el homo economicus, sostenemos esto en referencia a la practicidad o aspectos pragmáticos de la política, que muchas veces actúa en función de los intereses alejados de la persona, en donde de acuerdo al grupo de poder la direccionará o al derecho y la economía, respetando la escala axiológica, los principios, o al análisis económico del derecho de las figuras microeconómicas del costo-beneficio, externalidades, la eficiencia como sinónimo de justicia, el dilema del prisionero, el óptimo de Pareto, el costo de oportunidad, el teorema de Coase, la familia como empresa, el mercado del matrimonio, los costos de transacción, en donde todo es un mercado y si se pudiera vender el alma también se vende, y es obvio que todo esto está vinculado con el poder, en el que no debemos olvidar, que el poder tiene como base la condición humana en la posibilidad de elegir comportamientos, libertades dentro de la libertad y autonomía, garantizando un mejor nivel de vida para todos los ciudadanos y una mayor igualdad, mediante la garantía de los derechos fundamentales, económicos y sociales, en donde su mayor logro sea conseguir que todos los ciudadanos gocen de unas condiciones de vida suficientes.

3.1.2. En el ámbito jurisdiccional

En este ámbito, lo que se espera es que los magistrados de los diferentes distritos judiciales sigan plasmando sus decisiones jurisdiccionales en el entender del derecho y la economía u otras líneas interdisciplinarias, de tal manera que no se aislen del sistema romano germánico y más que ello sus daciones no sean solo contemplando figuras microeconómicas en donde la eficiencia sustituya la justicia, si bien es cierto el argot popular reza “justicia que llega tarde no es justicia” pero también es cierto que detrás de cada expediente hay un drama humano, y que la eficiencia no se mide solo por el tiempo sino por la justicia misma que el derecho aspira, porque ese es su fin.

Esperamos que la pretensión de esta investigación sea cumplida y que se sienten las bases para diferenciar el derecho y la economía, con respecto al análisis económico del derecho, en este

sentido las afirmaciones que algunos juristas o doctrinarios realicen llamen a cada aspecto por su nombre y no bajo los parámetros equivocados, con la justificación de “claro que no es pero se parecen” o en afirmaciones que solo pertenecen al mundo de la doxa o un conocimiento de primer orden con ningún criterio científico de su comprobación, desnaturalizando la esencia misma del derecho para convertirse solo en una ciencia económica que sustituya al saber jurídico, por lo que la propuesta que en estas líneas contiene, se ratifica que los jueces en el Perú, no aplican el análisis económico del derecho, teniendo ellos muy en claro no solo los sistemas jurídicos sino el ámbito cognitivo axiológico que tiene el derecho, en sus resoluciones judiciales se evidencia de manera implícita, explícita, la utilización de los principios, normas, valores, esa teoría tridimensional de la que nos habló Miguel Reale, Fernández Sessarego, y la postura humana de Mario Alzamora Valdez, y no menos importante postura, de Alberto Stuart Balbuena, Aníbal Torres Vásquez, Mario Castillo Freyre, entre otros connotados juristas, cuyo pensamiento se refleja en las importantes decisiones de los magistrados.

3.1.3. En el ámbito doctrinario

En esta investigación pretendemos hacer extensivo el aporte a la doctrina por constituir una temática novedosa y de actualidad, *“Complementariedad entre el derecho y la economía”* estudio que se ha realizado bajo la metodología de la investigación jurídica, estableciendo las diferencias con el análisis económico del derecho, que nos permitirá comprender *“por qué se ha dicho que la economía ofrece contenido a las relaciones jurídicas, y que sobre sus aportaciones el derecho establece una unidad formal, según sus propios criterios; o lo que es lo mismo, que el entendimiento y la actividad jurídica solamente es posibles cuando tengan presente los datos económicos. Prescindir de ellos significa sustraerse a un imperativo acuciante de la vida, edificando en el vacío”* (Rodríguez-Arias Bustamante).

Por lo expresado se evidencia las consecuencias que generara en la doctrina, siendo la perspectiva acrecentar la idea en el mundo del de derecho que sustentan los juristas para resolver una controversia jurídica, en esta encrucijada que genera confusión en el mundo jurídico, derecho y economía con el análisis económico del derecho.

3.2. Beneficios que aporta la propuesta

La propuesta ha sido construida mediante bastos fundamentos, filosóficos, argumentativos, complementarios, que justifican la toma de postura en cuanto a la complementariedad, por lo tanto esta investigación se pretende beneficiar a la comunidad jurídica, determinando que el derecho y la economía no son divergentes ni polos opuestos como afirman algunos doctrinarios, por estudio estas dos ciencias son congruentes, estos aspectos serán de gran importancia en el mundo académico, teniendo muy en cuenta que para un sector de la doctrina estos son opuestos e incluso pretender relacionarlo o complementarlo es una especie de sacrilegio jurídico, repercutiendo este en la formación de futuros abogados, esto es la particularidad a la exigencia del momento mismo, tratar de explicar de qué manera la economía está presente en el hombre de leyes.

La presente investigación esclarece determinando que el derecho y la economía con el Análisis Económico del Derecho no son lo mismo, teniendo en cuenta que abundante doctrina suele tomarlo como un solo aspecto, e incluso llegan a confundirlo, por lo tanto, se trata de un tema poco abordado en la temática que se presenta, por ello, esta investigación aporta puntos de vista que hacen pensar que no hay esquizofrenia jurídica, tampoco económica, desde nuestro punto de vista se sostiene la importancia de plantear la complementariedad, y esta incluso en diversas figuras jurídicas, las cuales solo para esta investigación se desarrollan dos, lo concerniente a los contratos y a la familia.

“La economía no es algo ajeno al derecho y para comprender la relación que existe entre estas dos áreas del conocimiento se debe empezar por reconocer que muchos actos jurídicos, como el robo, la compra, el contrato y la propiedad, antes de pertenecer al derecho, pertenecen al campo de la economía y si se define qué son actos económicos, se dirá que son todos aquellos mediante los cuales los hombres tratan de satisfacer sus necesidades, allí se encontrará una sucesión de fenómenos que finalmente llevarán a sacar una

conclusión basada en que la economía no basta para poner orden entre los hombres y satisfacer así lo que constituye la necesidad suprema del individuo y de la sociedad, razón por la cual nace el derecho con el propósito de implantar normas que regulen la convivencia humana y garanticen los derechos de cada uno de los pertenecientes a la sociedad”.

El mayor benéfico radica en que la comunidad jurídica comprenderá que la complementariedad entre el derecho y la economía es diferente al Análisis Económico del Derecho, perteneciendo este último a un sistema jurídico diferente al nuestro.

Que en la complementariedad el derecho reintegra y coordina las dispersas particularidades económicas, introduciendo disciplina y orden, en donde *“es evidente, pues, que entra dentro de lo posible la construcción hipotética del homo economicus, movido tan solo por el ánimo de lucro en donde vivir nuestra realidad social vive esta visión económica desorbitada en la que el principio de utilidad tan solo se ha enfocado individualmente y se contempla exclusivamente como el máximo atesoramiento de los bienes materiales, provocando verdaderos desajustes sociales por la presencia de una injusticia hiriente en la vida humana; se está asistiendo a los estertores del hombre económico y al amanecer del hombre social, en que la sociedad será mucho más que hasta ahora un conjunto orgánico, ligado principalmente por las relaciones vivas de los seres humanos, en vez de por las frías fuerzas impersonales del provecho y de la competencia económica”* (Rodríguez-Arias Bustamante)

Así mismo, el desarrollo de este trabajo no se agota en su sustento histórico del derecho y la economía, se plasma en la diversa literatura de posturas de los autores, el análisis de las sentencias de los magistrados, la interpretación de los resultados de la encuesta la cual nos ha permitido confrontar posturas y tomar postura.

CONCLUSIONES

1. Mediante esta investigación los objetivos, tanto el general y específicos han sido alcanzados, se ha logrado determinar la existencia de algunas diferencia entre el derecho y la economía con respecto al análisis económico del derecho según la percepción de los jueces civiles del distrito judicial de Lima en el año 2016, estableciendo la toma de postura con los resultados obtenidos del análisis documental y de la encuesta realizada a los magistrados del Distrito Judicial de Lima, por lo que se concluye que la complementariedad entre el derecho y la economía, según la percepción de los jueces civiles del Distrito Judicial de Lima, se da de manera significativa, es decir el derecho y la economía no son divergentes, mucho menos polos opuestos, la complementariedad nos conduce a reparar esa brecha discutible de situar una ciencia por encima de la otra, de diseccionarlas, sacando provecho de manera individual sin pensar en la persona humana ni en la satisfacción de sus necesidades sociales, por lo tanto la complementariedad nos permite la búsqueda del desarrollo y el bienestar, porque la “economía no basta para poner orden entre los hombres y satisfacer así lo que constituye la necesidad suprema del individuo y de la sociedad”
2. El objetivo específico “a” ha sido alcanzado, Conocer y contribuir al esclarecimiento de cuáles son los fundamentos teóricos y doctrinarios que sustenta la diferencia entre el derecho y la economía con respecto al análisis económico del derecho, esto parte del análisis de resultados obtenidos del análisis documental y del análisis de la encuesta a los magistrados, por lo que se concluye que el derecho y la economía en lugar de repelerse se complementan, formando un bloque único, la vida social es la conexidad de una parte sustancial (Economía) con una parte formal (Derecho) en cada una de estas, hay elementos comunes y elementos propios diferenciadores; los elementos comunes son el ser humano, la sociedad y el Estado, y los elementos propios diferenciadores son, para el derecho, la norma y la justicia; para la economía el bienestar.

3. Se ha determinado mediante esta investigación que el objetivo específico “b” ha sido alcanzado, precisando de qué manera se configura la complementariedad del derecho y la economía en las figuras jurídicas del contrato y la familia según los jueces civiles del distrito judicial de Lima, ha sido contrastado con los resultados obtenidos del análisis documentario, de las diversas fuentes, del análisis de las encuestas y de la entrevista a los magistrados, por lo que se concluye que la economía está presente en la vida del hombre de leyes, que el derecho y la economía configuran la vida social, que forman parte de sus diversas categorías, siempre caminan de la mano en temas de investigación y desarrollo; es el caso de la economía y el derecho, que se enfocan en un mismo punto: el bienestar.
4. Se ha determinado mediante esta investigación que el objetivo específico “c” ha sido alcanzado, indagando si se aplica en nuestro sistema jurídico el análisis económico del derecho según la percepción de los jueces civiles del distrito judicial de Lima, y ha sido contrastado con los resultados obtenidos del análisis documentario y del análisis de la encuesta a los magistrados, por lo que se concluye que la complementariedad del derecho y la economía no es lo mismo que el Análisis Económico del Derecho, de igual forma en la doctrina al ser tocado este tópico puede evidenciarse en la presente investigación que hay doctrinarios del derecho que confunden economía y derecho con el análisis económico del derecho, e incluso en los libros que publican los títulos de las portadas se lee como derecho y economía y en el cuerpo de este es análisis económico del derecho, el “Análisis Económico del Derecho” estos son dos tópicos que pertenecen a dos sistemas jurídicos distintos, en este contexto los magistrados en sus resoluciones judiciales de ninguna manera aplican el análisis económico del derecho, con lo que se concluye que está bajo su dominio la diferencia de los sistemas jurídicos.
5. Se ha determinado mediante esta investigación que el objetivo específico “d” ha sido alcanzado, al comprender que los criterios jurídicos y económicos utilizados en la motivación de las sentencias jueces civiles del distrito judicial de Lima, se evidencian contrastado con los resultados obtenidos del análisis documentario y

de la encuesta a los magistrados, por lo que se concluye que los contratos están inmersos en la complementariedad del derecho y la economía, fundamentalmente en el plano explicativo y en la descripción de las funciones económicas básicas o centrales del sistema legal, por lo tanto explícitamente e implícitamente se corrobora que los magistrados no tiene en cuenta en sus resoluciones figuras microeconómicas, tales como las externalidades, el costo-benéfico, el óptimo de Pareto, el teorema de Coase, el dilema del prisionero, los costos de transacción entre otros.

6. Se ha logrado determinar que el derecho y la economía, no es lo mismo que el análisis económico del derecho, ambos pertenecen a sistemas jurídicos distintos, por lo tanto el segundo no es aplicado por los magistrados del distrito judicial de Lima, que su utilización no solo sería contrario al sistema jurídico sino que traería consecuencias políticas, económica y hasta sociales, no existiendo lagunas de derecho y en todo caso de existir lagunas de la ley los magistrados hacen uso de otras fuentes del derecho y no de figuras micro, ni macroeconómicas, puesto que las partes que buscan tutela jurisdiccional acuden a un juez y no a un economista, de incurrir en una falaz solo económica solo sería desnaturalizar el derecho y por ende se alejarían de la justicia en agravio de la sociedad.

RECOMENDACIONES

1. Se considera que, al darse la complementariedad directa entre el derecho y la economía, se propone que el trato académico debe ser alturado y no con el ímpetu de las críticas con el que se trata al derecho, desacreditándolo, poniéndolo en un terreno subalterno, esquizofrénico, y hasta jurásico, por lo que se sugiere la mesura, el equilibrio, para asumir nuevos retos en esta sociedad del siglo XXI, que toca vivir; siguiendo en la investigación como aporte a la comunidad jurídica.
2. Que al tener en cuenta que el derecho y la economía no son divergentes, se sugiere que si bien es cierto la crítica es constructiva, también es cierto que se debe actuar con cautela, que no por tratar de imponer una moda, una novedad, directrices dardos, por lo tanto, el estudio ponderado o un consejo oportuno y profundo de un problema, una intervención sagaz o un consejo ponderado puede evitar consecuencias desastrosas para la libertad, el honor o el patrimonio de las personas, en donde el perjuicio es mayor todavía cuando las denominadas “cátedras tradicionales del derecho civil” son abolidas, privándose al estudiante de una formación con base en los principios rectores del derecho y de nuestro Código Civil, el cual más allá de las críticas que se formulen, constituye la legislación aplicable en el contexto de nuestro tiempo y espacio.
3. Que no se afiance la esquizofrenia jurídica o la económica, y que se prosiga con el estudio de la complementariedad del derecho y la economía porque es más humano, no trasciendo los límites ni se impone que “lo económico esta primero que el derecho”
4. Que, en el desarrollo de la maya curricular en las diferentes facultades de derecho, se tenga en cuenta la complementariedad del derecho y la economía y si optan por la difusión del análisis económico del derecho, los catedráticos encargados de las materias en estudio establezcan las diferencias doctrinarias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR GONZALES, B. *Paradigmas económicos y desarrollo sostenible, la economía al servicio de la conservación*. Editorial EUNED.
- ACOSTA IPARRAGUIRRE, V. (2003) *Temas: La Constitución económica en el Perú y en el derecho comparado. Derecho y economía. Perú, política económica*. Fecha de publicación: Lugar de publicación: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- ASPE HINOJOSA, R. (2003). *Los fines del derecho*. Editorial Porrea, México. Pág. XV.
- ÁVILA LUYO, J. (2004). *Introducción a la economía*. México: Editores Plaza y valores. Pág. 40.
- AGÜERO DE JUAN, A. (1996). *El fenómeno social y jurídico de las uniones de hecho*, en VV. AA. Parejas de hecho. Curso de verano de la UCM en Almería, Granada, Págs. 11-36.
- ALBADALEJO, M. (2007). *Compendio de derecho civil*. EDISOFER, S.I. Madrid, pág. 203.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, M. (2000,). *Exégesis, Tomo I*, Gaceta Jurídica, pág. 13.
- ALVEAR ACEDO, C. (2005) *Manual de historia de la cultura*, Noriega editores, Limusa, España. pág. 309.
- ARANZAMENDI, L. (2011). *Fundamentos epistemológicos de la investigación básica y aplicada al derecho*. Grijley. Lima. pág. 19.
- AIMONE GIBSON, E. (2014). *Actividades económicas reguladas*. Thomson Reuters. Teoría y casos. Valparaíso.
- ARCHER G. L. (1964). *Reseña crítica de una introducción al Antiguo Testamento.*, pág. 191, Editorial portavoz. Michigan.
- BLASCHK, J. (2000). *Los grandes enigmas del cristianismo*. p. 122. Editorial Hermética. España.
- BARRIGA HERNÁNDEZ, C. (2010). *Introducción a la epistemología*. UNMSM. Lima, pág. 14.

- BENITES CAORSI, J. (2013). *Solidaridad contractual, noción posmoderna del contrato*. Biblioteca iberoamericana de Derecho. Madrid, pág. 179.
- BUSSING LÓPEZ, I. M. (2004). *Cuando las paredes hablan, el graffiti de San Lucas*, pág. 71. Costa Rica. Editorial de la universidad.
- BLAVIA ESQUIROL, A. (1992). *Evolución del pensamiento político*. Ediciones de la Universidad Simón Bolívar. pág. 234. Maracay.
- BERNADOS SANZ, J.; HERNÁNDEZ, M. y SANTA MARÍA, M. (2015). *Historia económica, UNE a distancia*. Madrid, pág. 60.
- BELLUSCIO, A. C. (1987). *Manual de derecho de familia*. Editorial Depalma. Buenos Aires. Tomo I. pág. 115.
- BERNARD MANIR, R. (2006). *Curso de derecho privado romano*. Universidad Católica Andrés Bello, pág., 40.
- BONO, E (2000. pág., 19)
- BULLARD GONZALES, A. (2009). *Derecho y economía. El análisis de las instituciones legales*. Editorial Palestra. Lima.
- BULLARD GONZALES, A. (2012). *Esquizofrenia jurídica. El impacto del análisis económico del derecho en el Perú*. Revista THEMIS, Universidad Católica del Perú. pág. 44
- BUTTERWORTH, E. *Economía espiritual, los principios y proceso de la verdadera prosperidad*. Deusto. Bilbao. pág. 28.
- CASTILLO FREYRE, M y VÁSQUEZ KUNSE, R. (2006). *Autopsia del análisis económico del derecho por el derecho civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pág. 12.
- CABRILLO RODRÍGUEZ, F. (2011). *Análisis económico del derecho en la encrucijada*. Revista de economía, N° 77, 2° Cuatrimestre, pág. 202.
- COHEN, D. (2013). *Homo economicus, el profeta extraviado de los nuevos tiempos*. Editorial Planeta, España, pág. 28.
- CORNEJO CHÁVEZ, H. (1991). *Derecho familiar peruano. Tomo I Derecho familiar peruano*, Studium, pág. 21.
- COOTER, R y ULEN, T. (1998). *Derecho y economía. Fondo de la cultura económica*. México.

- COSSÍO DÍAZ, J. R. (2000). *Derecho y análisis económico*, Fondo de la cultura económica. México, pág. 188.
- CORTINA, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre*. España: Paidós. pág. 60.
- CARVALHO, C. (2011). *El análisis económico del derecho tributario*. Editorial Grijley, pág. 31.
- COLMEIRO, M. (1865). *Principios de la economía política*. 2ª edición, Madrid, pág. 477.
- CÁRDENAS RIVERA, M. (2004) *Justicia pensional y neoliberalismo. Un estudio de caso sobre la relación derecho y economía*. pág. 16. Ediciones Atropó.
- CHANAMÉ ORBE, R. (2010). *Introducción al derecho*. Ediciones legales. Lima. pág. 61.
- DE CHAVARRÍA, A. (1991). *Derecho sobre la familia*. Euned. Pág. 213.
- DE TRAZEGNIES, F. *La idea de derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Pontifica Universidad Católica del Perú. Fondo editorial, pág. 130.
- DÍAZ LOMBARDO, G. (2014). *Compendio de derecho del Estado* Limusa editores. México, pág. 50.
- DIEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Editorial CIVITAS, Madrid. pág. 45.
- DIEZ PICAZO, L. y GUILLÉN, A. (1990). *Sistema de derecho civil*. Volumen IV. 5ª Edición. Editorial S.A.- Madrid, España. págs. 88-94.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2014). *Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho*. Revista de la Universidad de Valencia, pág. 103.
- DURAN Y LALAGUNA, P. (1995). *Sobre el análisis económico del derecho*. Anuario de Filosofía y Derecho, pág. 705.
- DURKHEIM, E. (1925). *Las reglas del método sociológico*. Editorial Schapiere. Buenos Aires. pág. 23.
- ESTRELLA VINTIMILLA, P. *Filosofía, derecho y sociedad en América Latina*. Editorial el conejo. Facultad de Jurisprudencia, Universidad de Cuenca. Ecuador, pág. 77.
- ESTANY, A. (2006). *Manual de filosofía. Introducción de filosofía de la ciencia*. Universit  Autónoma de Barcelona. Serr is de Publicions.

- EMIL, L. (1905). *Los tratados, filosofía jurídica, la lógica de la filosofía y la teoría de las categorías* (1912), y *La teoría del juicio*.
- FAZIO, M y FERNÁNDEZ LABASTIDA, F. (2004). *Historia de la filosofía IV. Filosofía contemporánea*, colección albatros Madrid, pág. 181.
- FERNÁNDEZ GÓMEZ, L. (2007) *Temas de filosofía del derecho*. Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, pág. 535.
- FISFÁLEN HUERTA, M. H. (2014). *Análisis económico de la carga procesal del Poder Judicial*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. Lima.
- FERNÁNDEZ DELGADO, R. y RAMOS GOROTIZA, J. L. *Escuelas del pensamiento económico*. España, pág. 15. Editorial del economista.
- GARÍN, P. (2000). *Temas de derecho eclesiástico del Estado*. Universidad de Deusto. Bilbao, pág. 49.
- GHERSI, Enrique, (2008) Conferencia dictada el 15 de abril en la Universidad Francisco Marroquín, Auditorio Milton Friedman
- GARCÍA Y GARCÍA, A. y ZAVALA RUBACH, D. (2009). *Derecho y economía*. Editorial Oxford, México, pág. XV.
- GARCÍA TEJERA, M. A. y FABIÁN TORRES, C. (2005). *Manual práctico de legislación de la construcción*, Buenos Aires, pág. 87.
- GONZÁLEZ PIÑEROS, M. A. (2011) Tesis: *Economía, derecho y sociedad: La economía plural en Bolivia como institución económica*. Buenos Aires, septiembre.
- HURTADO, E. *El requerimiento del marco epistemológico en las tesis de post grado, gestión en el tercer milenio*, Rev. De Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas, UNMSM (Vol. 9, N° 17, Lima, julio 2006).
- HERNÁNDEZ ALONZO, J. (1997). *Introducción a la econometría*, Colección Universidad. Editorial ESIC. Madrid, pág. 32.
- HABA, P. E. (2004). *Elementos básicos de la axiología general*. (Axiología I). Universidad de Costa Rica. C. Rica, pág. 48.
- HERRERA PAULSEN, D. y GODENEZI ALEGRE, J. (1999). *Derecho romano*. Gráfica Horizonte. Lima, pág. 327.

- HOFFMANN E, R. (1998). *Introducción al estudio del derecho*. Universidad Iberoamericana, 2ª edición, México, pág.103.
- JAFFÉ, K. (2007) *La riqueza de las naciones, una visión interdisciplinaria*. Editorial Equinoccio. Venezuela, pág. 102.
- JARAMILLO ANTILLON, J. (2017). *La cultura contra el mundo*. Euned. Editorial universidad estatal a distancia, San José de Costa Rica, pág. 171.
- OSTERLING PARODI, F. y CASTILLO FREYRE, M. (2005). *Tratado de las obligaciones*. Fondo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, pág. 33.
- NOSICH GERALD, M. (2003). *Aprender a pensar*. Prentice Hall. Madrid. pág. 3.
- NOEJOVICH, CHERROFF (1996). *Los albores de la economía americana*. Pontifica Universidad Católica del Perú. 1ª edición. Lima, pág. 255.
- MARTÍNEZ LETONA, P. A. (2008). *Epistemología y derecho*. Grijley, Lima, pág. 63.
- MERRYMAN, J. H. (2011). *La tradición jurídica romano-canónica*. Fondo de la cultura económica, México, pág. 25.
- MONTERO FENOLLOS, J. L. (2012). *Breve historia de Babilonia*, Editorial Notwtilus, marzo. Madrid, pág. 13.
- MANTILLA ESPINOZA, F. y PIZARRO WILSON, C. (2008). *Estudio de derecho privado*. Colección de textos jurisprudenciales. Bogotá, pág. 357. Editora de la Universidad del Rosario.
- MOSSET ITURRASPE, J. (2005). *Derechos de los contratos, teoría general del contrato*. Santa Fe. Págs. 633-634.
- MESSINEO, F. (1948). *La doctrina general del contrato*. Tomo I, Buenos Aires, pág. 37.
- MARTORELL, E. E. (1993). *Tratado de los contratos de empresa*. Tomo I, Ediciones de Palma, Buenos Aires. Argentina. pág. 9.
- MÁRQUEZ MARTA, A. (2004). *Derecho y valor, una filosofía jurídica fenomenológica*. Madrid, pág. 20.
- MARTÍN LÓPEZ, E. *Familia y sociedad, una introducción a la sociología*. Ediciones RIALP. España. pág. 234.
- LANATTA, Rómulo. *Derecho de sucesiones. Tomo I, Lima 1969*

- LETELIERE, V. (1967). *Génesis del derecho y las instituciones civiles fundamentales*. Editorial jurídica de Chile, pág. 91.
- LOHFINK, N. (1986). *Reino de Dios y economía en la Biblia*. Conferencia dictada en Roma el 30 de octubre de 1985, en un encuentro de teólogos y economistas. Publicada en *Communio* (Año 8; marzo/abril II/), págs. 112-124.
- NÚÑEZ PAZ, M. (1988). *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*. Salamanca, pág. 154. Ediciones de la universidad de Salamanca.
- OLMEDA GARCÍA, M. del P. (2007). *Ética profesional en el ejercicio del derecho*. Editorial Miguel Ángel Porrúa. México, pág. 50.
- OSTERLING PARODI, F. y CASTILLO FREYRE, M. (2005). *Tratado de las obligaciones*. Fondo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, pág. 33.
- OST François, El reflejo del derecho en la literatura. Université Saint-Louis. Bruselas.
- OST François. Seminario internacional de derecho; El derecho, una mirada sutil. Realizado del 25 al 29 de enero del 2016. UNAM.
- PENALONGA, A. (2011). *Homo economicus, una explicación del mundo a través de la economía*, pág. 9.
- PARKIN, M. y LORIA DÍAZ, E. (2010). *Microeconomía, versión para Latinoamérica*, México, pág. 2. Editorial Pearson
- PRIETO SANCHIZ, L. (1996). *Introducción al derecho*. Ediciones de la universidad. España, pág. 194.
- POPPER, K. (1967). *El desarrollo del conocimiento científico*. Paidós Buenos Aires, pág. 37.
- PÉREZ BERMEJO, J. y RODILLA GONZALES, M. A. (2007). *Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico*. Edit. Universidad de Salamanca. 1ª edición. Salamanca, pág. 87.
- PUY MUÑOZ, F. (2005). *La teoría de la justicia del magistrado Villicaña*. Universidad Santiago de Compostela, pág. 217.
- RABANAL CARBAJO, P. (2002). *Los contratos de trabajo formativos*. Dykinson, Madrid, pág. 57.
- REALE, M. (1997). *Introducción al derecho*. Ediciones Pirámide S.A. Madrid, pág. 5.

- RENE, D. (1973). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Aguilar ediciones. España, pág. 24.
- RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L. *Derecho y economía, necesidad de un retorno a la filosofía del hombre*. Pág. 217.
- ROLDÁN, J.; BEN-DOV, J. y GUERRERO, G. (febrero 2014). *La complementariedad: Una filosofía para el siglo XXI*. Programa Editorial, Universidad del Valle, Cali, Colombia: Colección Ciencias Físicas, Exactas y Naturales, pág. 188.
- ROMERO ALVARADO, Derecho y Realidad. Núm. 21 z I semestre de 2013 Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC ISSN: 1692-3936.
- RUBIO CORREA Marcial. Nulidad y anulabilidad: La invalidez del acto jurídico. Vol. IX Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo de la PUCP. 2003
- RAMÍREZ VILLAESCUSA, R. *Derecho y economía de la transparencia judicial*. Memoria para optar al grado de doctor. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset.
- SANTA COLOMA, J. y AGUADO, R. (2011). *Economía y humanismo cristiano, una visión alternativa de la actividad económica*. Deusto Digital. Universidad de Deusto. Bilbao, pág. 89.
- SERRANO MOYA, E. D. (2005). *Economía y derecho: una perspectiva transdisciplinar de las interacciones sociales*. Bogotá Redalyc. Sistema de información científica, pág. 126.
- SCOTT Thorpe (2015). *Cómo pensar como Einstein*. Madrid: Planeta, pág. 19.
- SPENCER, M. H. (1993). *Economía contemporánea. Hammurabi*, 2100 a.C. pág. 74.
- SIERRALTA RIOS, A. (1988). *Introducción a la iuseconomía*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú. pág. 11.
- SHUMPETER, A. J. (2012). *Historia del análisis económico*. Ariel economía, pág. 105.
- SOLÉ, J. (1989). *Historia y mito de la revolución francesa*. Editores siglo XXI, México, pág.101
- SOTO ÁLVAREZ (2005). *Derecho civil*. Editores Limusa. México, pág. 239.

- SIERRALTA RIOS, A. (1996). *Introducción a la iuseconomía*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú. 2ª edición, pág. 263.
- STEWART BALBUENA, A. (2012) *Tesis: Hacia la superación de un cisma: la complementariedad ontológica y recíproca entre el derecho y la economía*. pág. 3. Lima – Perú.
- TORREBLANCA NÚÑEZ, Juana María. *Aplicación del análisis económico del derecho en las sentencias del Tribunal Constitucional*.
- TORRES VÁSQUEZ, A. (2008). *Introducción al derecho*. Editorial IDEMSA, Lima, pág. 42.
- TORRES, SANTOMÉ, J. (2007). *La educación en tiempos del neoliberalismo*. Ediciones Morata. Madrid, pág. 24.
- TWINING, W. (2005). *Derecho y globalización*, Pontifica Universidad Javeriana. Siglo de hombres editores, Bogotá, pág. 64.
- VASQUEZ, R. (1996). *Comentarios sobre algunas propuestas filosóficas del análisis económico del derecho; en justicia con eficiencia*. AMDE, México, pág. 33.
- VAQUER ALOY, A. (2012). *Derecho europeo de los contratos*, tomo I. Atelier. Libros jurídicos. Barcelona, pág. 277.
- VICENTE SOLA, J. (2004). *Constitución y economía*. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. Argentina, pág. 265.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. (2000) El acto jurídico. Gaceta Jurídica, Lima
- WEBER, M. (2014). *Economía y sociedad*. Fondo de la cultura económica. 1ª edición electrónica. México.
- WALLERSTEIN, I. (1989). *El sistema moderno mundial*. Siglo XXI editores. Argentina, pág. 130.
- ZAMORA, P. (2005). *Política y profecía en el Antiguo Testamento*, Seminario Evangélico Unido de Teología - Apdo. 7, El Escorial. Madrid, pág. 3.
- ZORRILLA ARENA, S. (2004). *Cómo aprender economía*. Limusa Noriega editores. México, pág. 26.



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
ESCUELA DE POSGRADO
DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Señores magistrados.

Soy la magister, JESÚS JOSEFA PALACIOS VILELA, candidata a doctora por la UNMSM, me presento a ustedes con la finalidad de pedirles unos minutos de su preciado tiempo y en él se sirvan contestar la encuesta, cuya finalidad es validar las hipótesis de mi investigación jurídica empírica social, la cual contribuirá en el mundo jurídico.

Señores magistrados, su aporte es muy valioso para el logro de este fin. Sus respuestas objetivas serán de gran ayuda en la investigación científica, ya que mediante ellas pretendo probar la “COMPLEMENTARIEDAD ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMIA SEGÚN LA PERCEPCIÓN DE LOS JUECES CIVILES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA”.

Al respecto, se le pide que en las preguntas que a continuación se señalan, elija la alternativa que usted considere correcta, marcando para tal fin con un aspa (x), su aporte será de mucho interés en este trabajo de investigación. Se le agradece por anticipado su participación.

Instrucciones: La escala de estimación incluye cinco categorías, ponga un aspa (X), según corresponda, en la categoría que refleje mejor su opinión, de acuerdo a los siguientes valores:

5. Totalmente de acuerdo

4. De acuerdo

3. Indiferente

2. En desacuerdo

1. Totalmente en desacuerdo

1. ¿EN LOS FALLOS JURISDICCIONALES ES NECESARIO TENER EN CUENTA LA ECONOMÍA?

ALTERNATIVAS		
TOTALMENTE DE ACUERDO		
DE ACUERDO		
INDIFERENTE		
EN DESACUERDO		
TOTALMENTE EN DESACUERDO		
TOTAL		

2. ¿EL DERECHO Y LA ECONOMÍA SE COMPLEMENTAN?

ALTERNATIVAS		
TOTALMENTE DE ACUERDO		
DE ACUERDO		
INDIFERENTE		
EN DESACUERDO		
TOTALMENTE EN DESACUERDO		
TOTAL		

3. ¿SE HA SUPERADO EL Cisma ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA?

ALTERNATIVAS		
TOTALMENTE DE ACUERDO		
DE ACUERDO		
INDIFERENTE		
EN DESACUERDO		
TOTALMENTE EN DESACUERDO		
TOTAL		

4. ¿SE APLICA EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO EL ANÁLISIS DEL PENSAMIENTO ECONÓMICO DEL DERECHO?

ALTERNATIVAS		
TOTALMENTE DE ACUERDO		
DE ACUERDO		
INDIFERENTE		
EN DESACUERDO		
TOTALMENTE EN DESACUERDO		
TOTAL		

5. ¿EXISTE RELACIÓN ENTRE LAS ÓRDENES ROMANISTAS Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?

ALTERNATIVAS		
TOTALMENTE DE ACUERDO		
DE ACUERDO		
INDIFERENTE		
EN DESACUERDO		
TOTALMENTE EN DESACUERDO		
TOTAL		

6. ¿EN EL SISTEMA GERMÁNICO ES POSIBLE LA COMPLEMENTARIEDAD ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA?

ALTERNATIVAS		
TOTALMENTE DE ACUERDO		
DE ACUERDO		
INDIFERENTE		
EN DESACUERDO		
TOTALMENTE EN DESACUERDO		
TOTAL		

7. ¿CONSIDERA QUE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL SISTEMA ROMANO GERMÁNICO ESTÁN EN PLANOS TEÓRICOS DIFERENTES?

ALTERNATIVAS		
TOTALMENTE DE ACUERDO		
DE ACUERDO		
INDIFERENTE		
EN DESACUERDO		
TOTALMENTE EN DESACUERDO		
TOTAL		

8. ¿EL DERECHO ES EN ESENCIA LA VIDA MISMA REGIDA POR NORMAS QUE ENCARNAN VALORES?

ALTERNATIVAS		
TOTALMENTE DE ACUERDO		
DE ACUERDO		
INDIFERENTE		
EN DESACUERDO		
TOTALMENTE EN DESACUERDO		
TOTAL		

9. ¿ES NECESARIO QUE UN JUEZ TENGA CONOCIMIENTOS DE ECONOMÍA PARA UNA MEJOR APLICACIÓN DEL DERECHO?

ALTERNATIVAS		
TOTALMENTE DE ACUERDO		
DE ACUERDO		
INDIFERENTE		
EN DESACUERDO		
TOTALMENTE EN DESACUERDO		
TOTAL		